

A TRANSACÇÃO E OS LITÍGIOS MEDIÁVEIS NO ÂMBITO DA LEI N.º 29/2013, DE 19 DE ABRIL – ALGUMAS NOTAS

LUÍSA MAGALHÃES

Assistente da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP

1. Os litígios e a sua mediabilidade no contexto da Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril

A Lei da Mediação, Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril, implica a ponderação de vários planos na aproximação a uma definição de mediabilidade, separando conceitos como acordo, objecto nas suas várias vertentes, homologação, transacção, força executiva, para atingir alguma transparência na complexidade desta matéria.

Tal ponderação, para uma noção de mediabilidade, a meu ver, decorre de três circunstâncias: do modo como se “sinta” a oportunidade e a vantagem da mediação e também da forma como esta questão sensível foi tratada, do ponto de vista legal e nas várias vertentes, *ab initio*, sem esquecer, porque não dizê-lo, o que se pretende da mediação para o futuro.

128

1.1 O objecto da mediação no âmbito da Lei da Mediação

De acordo com o disposto no art.º 10º, em conjugação com o disposto no art.º 11º, os litígios em matéria civil e comercial, regulados em exclusivo no capítulo III da Lei, hão-de respeitar a “*interesses de natureza patrimonial*” ou, caso envolvam outro tipo de interesse, serão litígios em que “*as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido*”.¹

Por outro lado, os litígios, ainda que de natureza civil ou comercial, mas que sejam susceptíveis de figurar como objecto em sede de mediação penal, familiar ou laboral, porque não abrangidos pelas disposições do referido capítulo III² - o que implica a sua

¹ Art.º 11º da Lei da Mediação

² Art.º 10º, n.º 2 da Lei

não sujeição aos limites configurados no art.º 11º - verão o seu objecto circunscrito nos termos da respectiva legislação:

a) a mediação penal encontra o seu objecto circunscrito aos tipos de crime que se enquadrem no âmbito do art.º 2º da Lei n.º 21/2007 de 12 de Junho.

b) A mediação familiar tem por objecto os conflitos subsistentes no âmbito de relações familiares, nomeadamente em sede de regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais, divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge, autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada de família.³

De notar que, o acordo resultante de mediação em sede de responsabilidades parentais será homologado “*se este satisfizer o interesse da criança*”.⁴

c) A mediação laboral abrange “*os litígios que resultam de relação jurídica que as partes possam extinguir por via negocial e renunciar aos direitos dela emergentes e que não estejam por lei reservados aos tribunais judiciais*”⁵ ou, ainda dito de outra forma, “*litígios em matéria laboral, quando não estejam em causa direitos indisponíveis, e quando não resultem de acidente de trabalho*”;⁶

A acrescer, os litígios que, em razão da competência material definida “*nos respectivos atos constitutivos ou regulatórios*” de sistema público de mediação, sejam mediáveis em sistema dessa natureza,⁷ verão o seu objecto circunscrito nos termos da respectiva regulação.

Isto embora seja de ter em conta que, a não ser que subsista norma de exclusão na regulação própria, a Lei da Mediação, ao não excluir a aplicação das normas do capítulo III aos sistemas públicos de mediação,⁸ acaba por circunscrever o objecto dos litígios a estes submetidos, concretamente em matéria civil e comercial, adentro dos limites definidos pelo art.º 11º da Lei;

³ Art.º 4º do Despacho nº 18.778/2007 de 22 de Agosto que regula o Sistema de Mediação Familiar

⁴ Art.º 14º, n.º 5 e 6 da Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro e Art.º 24º, n.º 3 da Lei 141/2015 de 08/09

⁵ Cfr. o Considerando do Protocolo de 05 de Maio de 2006 que cria o Sistema de Mediação Laboral

⁶ Cáusula 1ª nº 1 do referido Protocolo.

⁷ Art.º 32º da Lei da Mediação.

⁸ Abrangidos também por força do art.º 2º alínea a) e art.º 10º da Lei, porque é preciso anotar que o nº 2 do art.º 10º exclui apenas as matérias, não exactamente os sistemas.

Finalmente, os litígios que sejam objecto de processo judicial, mas que, nos termos do disposto no art.º 273º do CPC e mediante suspensão da instância, sejam remetidos para mediação, ficam sujeitos, no que concerne ao acordo obtido, aos “*termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação*”,⁹ o que inequivocamente nos remete para a Lei da Mediação sob análise, concretamente para o nº 3 do art.º 14º no que concerne ao objecto do litígio, entre outros aspectos de que nos ocuparemos adiante: “*A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objecto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública*”.

A síntese acima e que resulta da recolha efectuada a partir dos vários contextos em que a mediação poderá ser adoptada e concretizada em acordo com relevância e eficácia jurídicas, traz à evidência, como atrás dizia, figuras, institutos, direitos, interesses e conceitos diversos: isto é, a mediabilidade, à escala mais ampla, para permitir aceder a um acordo válido, vinculativo e eficaz entre as partes consoante o caso concreto, parece articular no seu vasto universo, entre outros, figuras tão variadas como o contrato, neste em especial o de transacção, princípios como a boa-fé, a ordem pública, princípios gerais de direito, abuso de direito, direitos subjectivos disponíveis e indisponíveis, interesses de natureza patrimonial, personalidade e capacidade de exercício de direitos, homologação judicial, executoriedade.

130

1.2 Antecedentes no dealbar da Lei nº 29/2013 de 14 de Abril

Se recuarmos ao período anterior à entrada em vigor da hoje denominada Lei da Mediação – e que, sem sombra de dúvidas, pretende doravante estabelecer uma espécie de “*lei de bases*” da mediação em Portugal – sabemos que, para além do especificamente regulado em sede de mediação penal, familiar e laboral já conhecido e que se mantém, a figura tinha o seu regime legal tratado, ora no âmbito da antiga Lei dos Julgados de Paz¹⁰ como mediação integrada no processo instaurado no julgado ou serviço de mediação em

⁹ Art.º 273º, n.º 5 CPC

¹⁰ Lei nº 78/2001 de 13 de Julho

geral, ora no âmbito dos art.º 249º-A, 249º-B, 249º-C e 279º-A do CPC que esteve em vigor até 30 de Setembro de 2013, como “*mediação pré-judicial*”,¹¹ em matéria civil e comercial.

No que concerne ao objecto da mediação, tínhamos assim que, a mediação promovida e concretizada ao abrigo daquela Lei dos Julgados de Paz de 2001, ¹²operava “intra” e “extra” competência: não tendo apenas por objecto os litígios da competência dos julgados de paz,¹³ tinha ainda competência para “*mediar quaisquer litígios, ainda que excluídos da competência do julgado de paz, com excepção dos que (tivessem) por objecto direitos indisponíveis*”.¹⁴

Em conclusão, portanto, a mediação levada a efeito nos serviços de mediação instalados nos julgados de paz tinha apenas como limite direitos indisponíveis.

E, uma vez alcançado acordo entre as partes, este era “*reduzido a escrito e assinado por todos os intervenientes, para imediata homologação pelo juiz de paz, tendo valor de sentença.*”¹⁵

Como, subsidiariamente, era consignada a aplicabilidade do Código de Processo Civil,¹⁶ daqui resultaria a tramitação dos termos aí definidos para a transacção.¹⁷

Isto, entenda-se, no que se refere ao acordo de mediação em litígio da competência do julgado de paz (art.º 2º, nº 2 alínea e) da Portaria nº 1112/2005 de 28 de Outubro), porque, quanto ao acordo em litígio extra competência, este não seria objecto de homologação pelo juiz de paz, mas, se as partes quisessem submetê-lo a homologação, fã-lo-iam ao abrigo do disposto no art.º 249º-B e 279º-A nº 5 do CPC então vigente (a tanto conduz, a meu ver, o disposto no art.º 15º em conjugação com o disposto na parte final da alínea e) do nº 2 do art.º 2º, ambos da referida Portaria, e o art.º 63º da Lei nº 78/2001 de 13 de Julho.

131

¹¹ Na sequência da transposição da Directiva nº 2008/52/CE do Parlamento e do Conselho de 21 de Maio, através da Lei nº 29/2009 de 29 de Junho.

¹² Na definição do art.º 35 nº 1 da Lei nº 78/2001, que se relembra, “*a mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe*”

¹³ Art.º 9º da Lei nº 78/2001

¹⁴ Art.º 16 nº 3 da Lei 78/2001

¹⁵ Art.º 56 nº 1 da Lei 78/2001

¹⁶ Art.º 63º da Lei 78/2001

¹⁷ Art.º 299º, n.º 1, expressamente não permitida quanto a direitos indisponíveis, e art.º 300º, n.º 3, ambos do CPC.

No que concerne à mediação denominada de “pré-judicial” ao abrigo daquelas normas constantes do CPC em vigor àquela data, é de notar que o carácter pré-judicial aí consignado se reportava a duas situações diversas:

uma relativa a mediação concretizada sobre litígio ainda não sujeito a processo judicial¹⁸ e outra relativa a litígio já alvo de processo judicial mas em que se suspendia a instância para o efeito da mediação¹⁹.

Em qualquer dos casos, a lei nada dizia expressamente quanto ao objecto do acordo resultante da mediação.

E, quanto à homologação, no primeiro caso esta não era exigível. Conforme referia a lei,²⁰ “*se da mediação resultar um acordo, as partes podem requerer a sua homologação por um juiz*”, sendo que, “*a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor*”²¹.

No segundo caso a homologação era inevitável, tendo em conta a pendência do processo judicial: “*alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal (...), seguindo-se os termos definidos na lei para a transacção.*”²²

1.3. A Transacção: o contrato e os vários institutos e conceitos a convocar

132

Por conseguinte, hoje como ontem, para compreendermos o alcance e o sentido da mediabilidade dos litígios e da validade e eficácia do acordo conseguido por via de mediação, há que convocar e ponderar o contrato de transacção, os conceitos e figuras correlacionados e já enunciados, em conjunto com a pressuposta temática dos direitos em jogo na relação jurídica e da sua necessária disponibilidade, e a eventual homologação do acordo obtido por via de mediação.

A transacção cruza-se inevitavelmente com a análise objecto deste trabalho, como se vê desde logo do disposto no art.º 11º, nº 2 da Lei e decorre dos vários planos em que a mediação e o acordo daí resultante são pensados.

¹⁸ Art.º 249º-B CPC

¹⁹ Art.º 279º-A CPC

²⁰ Art.º 249º-B nº 1 CPC

²¹ Art.º 249º-B nº 3 CPC

²² Art.º 279º-A nº5 CPC

Afinal, se “superar a lide” é a função essencial da transacção²³, também o é a da mediação. Ambas as figuras têm por objecto conflitos elevados à categoria de litígios. Mas, serão exactamente coincidentes no seu âmbito?

Em ordem a um contributo para tal resposta importa debruçarmo-nos, ainda que sucintamente, sobre o conceito de transacção e o seu regime no nosso sistema jurídico.

1.3.1. A transacção como meio de evitar ou terminar um litígio

A transacção é um “contrato”.²⁴ Tal é a afirmação contida no art.º 1248º do nosso Código Civil, que a inclui, precisamente, no Título II reservado aos Contratos em Especial.

Doutrinariamente, tal afirmação não é absolutamente unânime,^{25 26} mas, dada a sua amplitude, não podemos cuidar aqui dessa questão. Relevante, no contexto da nossa análise, é que do ponto de vista do direito positivo português (art.º 1248º, n.º 1 do CC) a transacção é um contrato^{27 28}, “pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio”.²⁹

²³ Santoro-Passarelli, Francesco, *La Transazione*, seconda edizioni ristampa, Napoli Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, (1986), p. 4 a 7: “*Superare la lite costituisce la funzione essenziale della transazione. (...) Riteniamo che la nozione di lite debba ritenersi coincidente con quella di conflitto giuridico, quale si determina tra una parte che afferma un proprio diritto ed un'altra che afferma un proprio diritto contrapposto o, comunque, nega il diritto della prima(...)*”.

²⁴ E, oneroso: “*la transazione è dunque un contratto oneroso, a prestazioni corrispettive*”, Prato, Enrico del, *La Transazione*, Transazione(dir. priv.) dell'Enciclopedia del diritto, (1992), Giuffrè Editore- Milano, p. 27.

²⁵ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, Código Civil Anotado, vol II, 3ª Edição, Coimbra Editora, Lda, anotação 2 ao art.º 1248º CC: há autores que, pondo a tónica no fim da transacção, atribuem-lhe a natureza de sentença. Não obstante, o nosso legislador, acompanhando a doutrina mais comum, classificou-a como um contrato.

²⁶ D'Onofrio, Paolo, *Transazione*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano Roma, p. 221.

Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 94 e 95.

²⁷ O que implica que está sujeita às regras que, desde logo substantivamente, regulam os contratos (art.º 405º e ss CC) e na generalidade os negócios jurídicos (art.º 217º e ss CC).

²⁸ Palmieri, Antonio M., *Transazione e Rapporti Eterodeterminati*, Università di Roma – Facoltà di Giurisprudenza, Studi di Diritto Civile, (2000), Milano- Dott. A. Giuffrè Editore, p. 65.: “*la transazione è un atto essenzialmente dispositivo*”.

²⁹ Palmieri, Antonio M., obra citada, p. 8 e 9, chama à atenção para o facto de que, não obstante o legislador utilize na norma conceitos e expressões de linguagem comum – e que, por isso, comportam alguma ambiguidade e indeterminação – o contrato de transacção radica num verdadeiro “trans agere”, que invoca a ideia de “superação”, não já restritivamente no sentido económico mas agora também no “*terreno del conflitto giuridico*”

Daqui resulta que, o objectivo da transacção, no pressuposto do litígio, é terminar ou evitar este último.

Donde também resulta que, a transacção tanto pode ocorrer antes mesmo da instauração de acção judicial a propósito da dita controvérsia – neste caso estaremos perante a transacção *preventiva ou extrajudicial* regulada no art.º 1250º CC, como ainda na pendência de processo judicial cujo objecto é o direito em controvérsia – e teremos a transacção judicial.³⁰

1.3.2. A vertente judicial da transacção

Relativamente à transacção judicial, o nosso Código de Processo Civil consagra-a no art.º 283º, nº 2, referindo que “*é lícito às partes, em qualquer estado da instância, transigir sobre o objecto da causa*”, sendo certo que, atenta a plasticidade da figura, ela deixa às partes a possibilidade de transigir sobre todo o objecto e pedido ou apenas sobre aspectos parciais – é assim que, no primeiro caso a causa cessará, extinguindo-se a instância, e no segundo caso apenas dará lugar a uma modificação, conforma resulta das disposições conjugadas dos art.º 284º e 277º alínea d) do CPC.

134

Esta transacção judicial, pelo que aqui nos interessa e conforme resulta do disposto no art.º 289º, nº 1 do CPC, não é admitida quando “*importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis*”, e, quando possível, realizar-se-á, conforme o estabelece o art.º 290º, nº 1, 2 e 4, conjugado com o art.º 594º, todos do CPC, por via de documento, formal ou não conforme a lei substantiva o exija, por termo no processo e até por via de acta quando a transacção resulte de conciliação obtida pelo juiz.

É assim que, nos termos do disposto no referido art.º 290º, nº 3 “*lavrado o termo ou junto o documento, examina-se se, pelo seu objecto e pela qualidade das pessoas que nele intervieram,(...) a transacção é válida, e, no caso afirmativo, assim é declarado por sentença, condenando-se ou absolvendo-se nos seus precisos termos.*”

Se a transacção for feita em acta, em resultado de conciliação, nos termos do disposto no nº 4 do citado normativo “*limita-se (o juiz) a homologá-la por sentença ditada para a acta, condenando nos respectivos termos*”.

³⁰ Caracterizada pelo seu objecto e fim, não pela forma, portanto.

1.3.3. A transacção judicial como negócio jurídico complexo

Em face do regime da transacção na lei processual civil, que se mantém inalterado pós reforma de 2013, permanece actual a perspectiva da sua natureza ambivalente e complexa:³¹

a transacção aparece como um negócio jurídico privado, nos termos do qual as partes, dotadas da autonomia que o direito lhes reconhece, dispõem e definem a situação jurídica em controvérsia, mas, paralelamente, tem eficácia processual, pois determinará uma modificação no pedido deduzido na acção ou mesmo o fim desta, por via da extinção da instância, como referido acima.

E não pode esquecer-se que, como adiante se verá, o art.º 1248º CC estabelece como aspecto nuclear do negócio de transacção que “*as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões*”, que até podem implicar “*a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido*”.

Quer isto dizer, portanto, que a transacção judicial, afinal, envolve um negócio – terminar um litígio - que se pode desdobrar noutros negócios com aquele incindivelmente ligados e dele dependentes - resultantes das referidas concessões mútuas.³²

135

1.3.4. A transacção judicial e a incontornável homologação

³¹ Sousa, Miguel Teixeira de, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa (1997), Lex, pág. 193, chama-lhe “negócio processual”, cujos efeitos podem ser constitutivos ou extintivos e podendo até produzir simultaneamente ambos os efeitos: “*os negócios processuais são aqueles que produzem efeitos de carácter processual. Mas isso não significa que esses negócios só possam realizar aqueles efeitos, pois que eles também podem produzir efeitos obrigacionais. (...) caso da transacção: este negócio (que visa compor um litígio mediante recíprocas concessões das partes, art.º 1248º CC) implica a modificação do pedido ou, mais frequentemente, a extinção da instância (...) mas também pode impor certas obrigações às partes, que podem incorrer, por isso, em responsabilidade contratual (art.º 798º CC).*”

Também o classifica como “negócio processual interlocutório”, pelo facto de ocorrer durante a pendência da causa.

E acentua, pág. 207, que “*a transacção produz efeitos materiais e processuais. Os efeitos materiais são os que se referem à definição da situação substantiva entre as partes, a qual (...) pode resultar de uma alteração quantitativa do objecto do litígio ou da constituição, modificação ou extinção de uma diferente situação subjectiva. Os efeitos processuais traduzem-se, atendendo à amplitude da transacção em relação ao objecto do processo, numa modificação do pedido (...) ou na extinção da instância (...)*”.

³² Sousa, Miguel Teixeira de, obra citada, pág. 207, chama de “novatória” à transacção “*em que as concessões mútuas entre as partes implicam a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do objecto do litígio*”.

E depois, sobre esta transacção assim perspectivada, é vertido o manto da homologação judicial, por via de sentença, conforme o disposto no art.º 290º, nº 3 e 4 CPC,^{33 34 35 36} o que, uma vez verificado o seu trânsito em julgado,^{37 38} determina a

³³ Não obstante tratar-se de uma sentença de mérito, há quem veja esta sentença como não tendo conteúdo especificamente jurisdicional ou decisório sobre o objecto, já que são as partes quem dispõem da situação e escolhem a solução a dar ao litígio. Lebre de Freitas, José, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, 3ª edição, (2013), Coimbra Editora, pág. 35, nesse sentido: “podem autor e réu celebrar transacção, isto é, acordar em concessões recíprocas para porem termo ao litígio(...). Também nestes casos se segue uma sentença de mérito, mas agora com natureza meramente homologatória, pois o tribunal limita-se a verificar se as partes no negócio eram capazes e tinham legitimidade para se ocupar do objecto negocial e se este era disponível, só não homologando se se verificar incapacidade de uma das partes ou indisponibilidade, subjectiva ou objectiva, do objecto(...). Havendo homologação, a sentença é proferida em conformidade com a vontade das partes e não mediante aplicação do direito objectivo aos factos provados, tutelando o direito subjectivo ou o interesse juridicamente protegido que, em conformidade, se verifique existir.”

³⁴ Em consonância, notas 3 e 4 ao art.º 290º, n.º3 (antigo art.º 300ºnº 3) do CPC do mesmo autor in *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1º (artigos 1º a 361º), 3ª edição, Coimbra Editora 2014.

³⁵ Alberto dos Reis, José, in *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3º, (1946), Coimbra Editora Lim., pág. 534, aponta mesmo tal sentença como o equivalente a um acto administrativo, de jurisdição voluntária, até notarial: “É uma sentença de pura homologação do acto da parte ou das partes. O juiz não conhece do mérito da causa, não se pronuncia sobre a relação substancial em litígio; limita-se a verificar a validade do acto praticado pelo autor, pelo réu ou por ambos os litigantes. Quere dizer, a sentença é antes um acto administrativo, um acto de jurisdição voluntária, do que um acto de jurisdição contenciosa, um acto jurisdicional propriamente dito. O papel do juiz é semelhante ao do notário quando se certifica da identidade e idoneidade dos outorgantes que perante ele comparecem e se dispõem a celebrar uma escritura pública.” E reitera: “Claro que a sentença é indispensável. Não basta o acto das partes em si (...) para que a instância se extinga e a acção termine. Este efeito produz-se através da sentença homologatória. Mas como a sentença nada mais faz do que apreciar a validade do acto de vontade das partes, pode afinal afirmar-se que é deste acto que procede a extinção da relação processual”.

³⁶ Xavier, Rita Lobo, *Transacção Judicial e Processo Civil*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Lisboa, Vol. 3 (2010), pág. 817-835, pág. 823, em defesa do conteúdo jurisdicional da sentença homologatória de transacção: “O contrato de transacção é um contrato de natureza privada, de per se carecido da característica de autoridade que tem uma sentença. É a sentença homologatória que lhe faz adquirir esse efeito. A decisão do tribunal é uma decisão de autoridade de carácter público. O conteúdo da decisão não é apenas o que se traduz pelo exame de regularidade e validade formal e extrínseca, mas assume explicitamente as disposições de carácter dispositivo que inicialmente provêm das partes e atribui-lhes a força da autoridade judicial”.

³⁷ Art.º 628º CPC: “A decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja susceptível de recurso ordinário ou de reclamação”

³⁸ É relevante, neste ponto, embora sem entrar numa análise aprofundada já que não é o tema deste trabalho, anotar que, se é certo que a transacção homologada por sentença judicial transitada em julgado impede a reapreciação da causa – seja por via da invocação da excepção dilatória de “caso julgado” (art.º 577º alínea f) e art.º 580º CPC) como alguns entendem pondo a tónica na sentença, ou pela via geral de excepção dilatória (art.º 576º CPC) que Alberto dos Reis (in *Comentário*, pág. 499) denomina de *excepção de transacção* por ter entre as partes o valor de caso julgado – também a transacção extrajudicial, apesar de não homologada judicialmente, mas porque *inter partes* tem o valor material de excepção, poderá ser invocada como *excepção peremptória* (art.º 576º, nº 3 CPC).

sua obrigatoriedade ou imperatividade.³⁹

Acresce ainda que, se a imperatividade “*é o efeito primário ou fundamental da sentença*”,⁴⁰ tem ainda como efeito secundário o de constituir título executivo^{41 42}, desde que aquela seja de natureza *condenatória* (art.º 703º, n.º 1 alínea a) CPC) e a obrigação dela constante espelhe os demais requisitos de exequibilidade (art.º 713º CPC).

Assim, “*se alguma das partes não cumprir voluntariamente as obrigações emergentes da transacção, pode ser compelida ao cumprimento, pela parte contrária, mediante execução baseada na sentença de homologação.*”⁴³

1.3.5. A qualificação substantiva da transacção

Voltando à qualificação substantiva, e a fechar o leque na definição legal, temos que, a transacção é um contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio, “*mediante recíprocas concessões*”, concessões essas que “*podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido*” (art.º 1248º, n.º 2 do CC). O que significa que as mútuas concessões em jogo tanto poderão significar que cada uma das partes “*recua*”, em maior ou menor grau, na sua posição, como ainda que, “*constroem*” um novo posicionamento por via de direitos diversos daquele que os colocou na controvérsia.^{44 45}

137

³⁹Varela, Antunes, J Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, in Manual de Processo Civil, Reimpressão da 2ª Edição, (2006), Coimbra Editora Limitada, pág. 688 e 689, avançando o entendimento da sentença como acto jurisdicional, refere que “*Como remate final do processo, a sentença constitui o acto jurisdicional por excelência.(...). Uma vez proferida, imediatamente se esgota o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria da causa (...). não pode é alterar já a decisão, nem os seus fundamentos. Não pode já modificar o seu sentido ou alcance. O facto de a sentença ficar sujeita a impugnação por via de recurso não invalida a imperatividade que a caracteriza, como solução jurisdicional do litígio*”.

⁴⁰ Varela, Antunes, J Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, obra citada, pág. 699.

⁴¹ Varela, Antunes, J Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, obra citada, pág. 700.

⁴² Alberto dos Reis, José, in *Comentário* já citado, pág. 544 a propósito de um caso de condenação não expressa mas que tem de ter-se por implícita: “*Na verdade, julgar válida uma transacção, ou não significa nada, ou significa imprimir eficácia executiva às declarações dos transigentes e consequentemente condená-los a cumprir as obrigações assumidas*”.

⁴³ Alberto dos Reis, José, in *Comentário* já citado, pág. 537.

⁴⁴ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, anotação 4 ao art.º 1248º CC, também chamam à atenção para o carácter não autónomo destes actos, que, por esta via, dão um carácter de *novativa* à transacção.

⁴⁵ Alberto dos Reis, José, in *Comentário* já citado., pág. 498, citando *Redenti*, parece ter uma opinião diversa: “*a transacção implicará, em regra, a substituição do novo acordo, como fonte ou como acto*

1.3.6. As figuras próximas

Ora, é precisamente esta especificidade do seu objecto, as “*recíprocas concessões*”, que define a transacção.^{46 47 48}

E que, paralelamente, a distingue – concretamente na sua vertente jurídico-processual, isto é, no contexto de uma acção judicial - de figuras próximas como a desistência e a confissão, não obstante todas sejam tradicionalmente entendidas como meios de *auto-composição* da lide.⁴⁹ Pode dizer-se que são meios semelhantes quanto à sua função (põem termo ao litígio) mas diferentes quanto à estrutura.

constitutivo ou regulador de direitos ou de obrigações (...), aos actos ou factos precedentes, de que surgiam pretensões diversas e contrastantes”.

⁴⁶ A definição é idêntica à que encontramos noutros ordenamentos jurídicos, como o espanhol e o italiano: Código Civil español, Libro IV, Título XIII, Artículo 1809º, consultado em Norm@Civil, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, in civil.udg.es/normacivil : “*La transacción es un contrato por el qual las partes, dando, prometendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habia comenzado*”;

Codice Civile italiano, Libro IV, Titolo III, art. 1965º, consultado em Guida al Diritto 24, in www.diritto24.ilsole24ore.com : “*La transazione è il contratto com qual ele parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Con la reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diverse da quello che há formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.*”

Já quanto ao direito civil francês, a menção às recíprocas concessões não resulta expressamente da lei:

Code Civil français, Titre XV, Article 2044º, consultado em Legifrance- Le Service Public de la Diffusion du Droit, in www.legifrance.gouv.fr : “*La transaction est un contract par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à maître*”.

⁴⁷ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 68, refere-se-lhe como o “*mutuo sacrificio (delle parti) che spiega ad un tempo la contrattualità della transazione e l’importanza pratica e sociale della stessa di fronte agli altri negozi di composizione della lite. E solo questo mutuo sacrificio importa alla legge, la quale prescinde completamente da un giudizio sulla lite (...)*”

⁴⁸ Palmieri, Antonio M., obra citada, p. 46 e ss e 50: “*il riferimento legislativo alle concessioni reciproche há un valore meramente descrittivo, che in nessun modo assume rilievo in relazione al profilo degli effetti negoziali. Tuttavia, non ci si può spingere fino a considerare l requisito dell’aliquid datum e dell’aliquid retentum al pari di una indicazione di valore puramente pleonástico, suscettibile di essere ignorata nella ricostruzione dogmática dell’istituto. Le reciproche concessioni, sebbene irrilevanti sotto il profilo degli effetti negoziali (...) rappresentano un elemento di struttura del tipo negoziale. Com esse, il legislatore caratterizza il negozio transattivo: e lo distingue rispetto ad altri negozi potenzialmente idonei a realizzare il componimento del conflitto giuridico.*”

⁴⁹ Por referência à sentença que é vista como um meio de *hetero-composição* (Alberto dos Reis, José, Código de Processo Civil Anotado, Vol .I, 3ª Edição Reimpressão, 1982, Coimbra Editora Lim., p. 465, citando Carnelutti): “*quando a causa termina por desistência do pedido, por confissão ou por transacção, uma das partes ou ambas põe termo ao litígio por acto seu; a lide é composta de dentro para fora, porque o acto de composição provém de quem está dentro da relação litigiosa(...)* Pelo contrário, quando a causa termina por sentença de mérito, a lide é composta de fora para dentro, porque o acto de composição

De facto, são distintas sob vários aspectos: desde logo a desistência⁵⁰ e a confissão são actos unilaterais, a primeira do autor e a segunda do réu, enquanto a transacção representa um acto bilateral.

Em traços muito gerais, na desistência, o autor renuncia, parcial ou totalmente, ao direito⁵¹ em que fundava a sua pretensão, o que tem como consequência a extinção respectiva (art.º 285º, n.º 1 CPC) e a consolidação da situação jurídica do réu, já que o autor não mais poderá propor contra este outra acção sobre o mesmo objecto. Portanto, e em regra,⁵² tudo se passa à margem do réu, que não tem qualquer intervenção com relevância jurídica.

A confissão do pedido⁵³, pelo seu lado, total ou parcial, representa o contraponto da desistência do pedido: “*não é outra coisa senão o reconhecimento que o réu faz do direito do autor afirmado na acção*”⁵⁴. Perante a confissão do réu, vai extinguir-se a instância e a acção. O juiz terá de proferir uma sentença, em que, ao invés de conhecer do mérito da causa em sentido próprio, limitar-se-á a verificar se a confissão é válida, para o efeito de

procede do juiz, pessoa que está fora e acima da relação jurídica controvertida e que não tem, por isso interesse no pleito. Daí vem que nada importa, no caso de auto-composição, que o litígio obtenha ou não, solução conforme ao Direito. Uma confissão, uma desistência ou uma transacção, não deixa de ser válida ou eficaz pelo facto de traduzir uma composição da lide contrária à respectiva ordem jurídica, isto é, contrária à que o tribunal haveria de pronunciar, se fosse chamado a decidir. (...) Por outro lado, ainda que as partes saibam perfeitamente que a sua composição do conflito não é aquela que o tribunal ditaria ou a que a lei quererá, nem por isso deve negar-se-lhes o poder de arrumar o litígio segundo a sua vontade ou os seus interesses, a não ser que se trate das chamadas relações jurídicas indisponíveis”.

⁵⁰ Que, como sabemos, também pode ter alcance diverso, consoante se consubstancie numa pura desistência da instância (art.º 285º, n.º 2 CPC)- semelhante na sua eficácia à absolvição da instância (art.º 278º e 279º CPC) - ou na desistência do pedido (nº 1 da referida norma).

Discorremos aqui a propósito da desistência do pedido, obviamente, porquanto só esta afecta o direito que por via da acção se pretendia fazer valer. Sendo que, por essa via, também extingue a instância.

⁵¹ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol .I, 3ª Edição Reimpressão, (1982), Coimbra Editora Lim., p. 477, chama à atenção para o facto de que a expressão “renúncia à acção ou renúncia à pretensão” comumente utilizada a este propósito não é correcta, já que, sendo a pretensão um facto e não uma situação jurídica, não é susceptível de poder de disposição. Em bom rigor, a fórmula será uma expressão abreviada, “*cujo sentido exacto é o seguinte: renúncia ao direito que constitui a razão ou o fundamento da pretensão*”.

⁵² O art.º 286º CPC estabelece limites à livre desistência do pedido.

⁵³ Não nos referimos, portanto, à confissão dos factos, vertente da confissão que não tem o alcance directo e imediato da confissão do pedido na relação processual. O alcance da confissão dos factos reporta-se unicamente ao domínio da prova, e mesmo quando o réu confesse todos os factos articulados pelo autor, ainda assim o juiz terá de proferir uma sentença de mérito – aplicando o direito aos factos- sobre a causa.

⁵⁴ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, já citado, p. 485.

julgar extinta a acção. Portanto, neste caso, a acção termina, não por via de um acto substancialmente jurisdicional, mas por via de um acto de *vontade* do réu.⁵⁵

Por conseguinte, a desistência do pedido e a confissão do pedido são formas de pôr termo à acção, podendo considerar-se, a par da transacção, como meios de auto-composição da lide: em consequência da primeira a lide compõe-se por vontade do autor e em consequência da segunda por vontade do réu, extinguindo-se o processo.

Aliás, e citando Carnelutti, diz Alberto dos Reis⁵⁶ que a transacção, do ponto de vista estrutural, está precisamente no meio da renúncia (desistência do pedido) e do reconhecimento (confissão do pedido): com a desistência, o autor abandona a pretensão sem qualquer compensação e, com a confissão, o réu reconhece a pretensão do autor sem qualquer contrapartida.

Ora, na transacção, para que ela exista, tem de haver cedência ou sacrifício mútuo.

Cada um cede numa parte mas, afinal, ganha noutra, atento o risco decorrente do litígio,⁵⁷ que afinal querem evitar. Independentemente de outras razões de ordem prática (como as despesas, o desgaste) esta incerteza do resultado final é determinante na opção pela transacção como forma de terminar o litígio.

A transacção é também distinta da conciliação judicial, figura de natureza processual consagrada no art.º 594º do CC e que se caracteriza essencialmente por ser presidida pelo juiz no âmbito de um processo judicial, “*devendo este empenhar-se activamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio*”. Trata-se, pois, de uma figura cuja aplicação é mais ampla, visto que não está limitada ao pré-requisito das concessões recíprocas.⁵⁸ Embora possa vir a traduzir-se pela via instrumental de uma transacção.⁵⁹

⁵⁵ Idem, p. 485.

⁵⁶ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, já citado, p. 489.

⁵⁷ Idem, p. 490: nisso consiste o “*aliquid datum, aliquid retentum*” atribuído à transacção e que, do ponto de vista conceitual, Carnelutti aproxima do contrato de seguro.

⁵⁸ Nicoletti, Carlo, A., *La Conciliazione Nel Processo Civile*, Pubblicazioni Dell’Istituto di Diritto Processuale Civile Dell’Università di Roma, Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, (1963), p. 35: “*Ma poi già rilevava il Chiovenda (Principii di diritto processuale civile, Napoli, 1923, p. 882) che la conciliazione “si distingue...dalla transazione, che avviene fuori del processo, alla quale da un lato è inerente l’idea della concessione reciproca; e a cui d’altro lato manca l’effetto di por fine al rapporto processuale immediatamente”.*

⁵⁹ Prato, Enrico del, *La Transazione*, Transazione(dir. priv.) dell’Enciclopedia del diritto, (199)2, Giuffrè Editore- Milano, p. 7.

Mas, definitivamente, o seu raio de acção, e também a sua fonte, é a equidade, entendida num sentido amplo.

Entre a dicotomia poder de disposição e autonomia negocial, por um lado, e jurisdição estrita e sentença, por outro, a conciliação aparece a compor a lide. A par da transacção como instrumento de composição do conflito com relevância jurídica, onde a pura negociação estrita⁶⁰ entre as partes domina, a conciliação judicial traz consigo, além da negociação,⁶¹ o exercício da ideia de solidariedade social que impregna o ordenamento jurídico e que é imanente à promoção da chamada composição equitativa do litígio,⁶² a partir de um acto jurisdicional.

1.3.7. O objecto e os limites da transacção

A transacção, sendo um negócio jurídico, está sujeita aos requisitos gerais consignados na lei, entre eles a capacidade dos sujeitos para o exercício dos direitos, o objecto, a forma.

Interessa-nos agora, pelo que ao tema deste trabalho especialmente releva, a questão atinente ao objecto. E que, pelo modo como está redigida a norma do art.º 1249º CC, bem se vê que, pelo menos na primeira parte, toca directamente com a questão da capacidade para dispor. Isto é, com a legitimidade dos sujeitos envolvidos para disporem dos direitos que pretendem abranger com a transacção.⁶³

141

⁶⁰ Nicoletti, Carlo A., obra citada, p. 126, chama-lhe “económica” por oposição á ideia, ao propósito, de exercício da justiça na sua plenitude.

⁶¹ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 47: “*Non esiste, infatti, un negozio giuridico “conciliazione” che possa mettersi sullo stesso piano della transazione: la conciliazione non è una figura negoziale a sé, ma indica soltanto un modo della composizione che a luogo tra le parti. Essa è contraddistinta dalla circostanza, puramente extrínseca, che avviene alla presenza di un terzo(...); ma, intrinsecamente, la conciliazione non si distingue dai vari tipi di negozio, aventi ciascuno una própria figura (transazione, rinunzia, riconoscimento), di cui le parti possono servirsi per raggiungere la composizione della lite. La conciliazione aggiunge soltanto l’elemento della giudizialità, quando essa si verifica alla presenza e per iniziativa del giudice (...)*”

⁶² Nicoletti, Carlo A., obra citada, p. 123 a 129.

⁶³ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 97 e 98, também chama à atenção para aquilo que qualifica como uma redacção infeliz do art.º 1966º do Código italiano (inspirador do nosso 1249º) que, diversamente de algum entendimento doutrinário, afinal faz referência “*tanto alla capacità d’agire generale, quanto allo specifico potere d’agire (legittimazione), in ordine ai rapporti sui quali incide la transazione*”. Não obstante, afirma, “*la norma concerna non i soggetti della transazione, e i relativi requisiti, ma l’oggetto della medesima*”.

1.3.7.1. A previsão do art.º 1249º CC

De facto, sob a epígrafe “Matérias insusceptíveis de transacção”, refere o art.º 1249ºCC que “*as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos*”.⁶⁴

No mesmo sentido, obviamente, a regulação adjectiva da transacção constante do art.º 289º, nº 1 do CPC: “*Não é permitida (...) transacção que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis*”.

Parece poder concluir-se que, a capacidade para dispor, no que concerne especificamente à transacção, depende da natureza do direito que se pretende seja objecto dela, antes da ponderação das condicionantes de natureza subjectiva atinentes ao próprio sujeito: se é possível dispor do direito, então, a priori, poder-se-á transigir sobre ele.⁶⁵ A isto chamam alguns autores a “*capacidade objectiva*”⁶⁶

E, o direito será indisponível pela sua própria natureza ou por expressa disposição da lei.⁶⁷ ⁶⁸ Retomaremos esta questão mais à frente.

⁶⁴ Encontramos disposições legais, com regime idêntico, no ordenamento jurídico espanhol e italiano (aliás, o art.º 1966º do Código italiano, adiante transcrito, terá sido a fonte do nosso art.º 1249º) sob consulta nos mesmos sítios acima citados:

Codice Civile italiano, Libro IV, Titolo III, art. 1966º (*Capacità a transigere e disponibilità dei diritti*). *Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disciplina delle parti; Art. 1972. (Transazione su un titolo nullo). E' nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo. Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo.*

Código Civil español, Libro IV, Título XIII, Artículo 1814º: *No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.*

⁶⁵ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 99.

⁶⁶ D'Onofrio, Paolo, *Transazione*, Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano Roma, p. 241 e seguintes.

⁶⁷ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 121.

⁶⁸ Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil Anotado*, obra já citada, p. 404, já o referia em anotação ao então art.º 304º CPC (“*Não é permitida confissão, desistência ou transacção que importe a afirmação da vontade das partes em qualquer domínio jurídico em que ela não possa manifestar-se validamente.*”) : dizia então que “*A expressão “direitos indisponíveis” corresponde precisamente à fórmula legal(...) Quais são os direitos indisponíveis? Quais as relações jurídicas subtraídas ao domínio da vontade das partes? Se a lei expressamente subtrai a relação jurídica ao domínio da vontade, como por exemplo nos art.º...., não há dificuldades; se não existe determinação expressa, temos de atender à natureza ou à índole da relação jurídica. Consideram-se geralmente indisponíveis as relações jurídicas concernentes ao estado das pessoas. Mas não pode admitir-se sem algumas reservas esta proposição.*” Também p. 518 e seguintes da mesma obra.

1.3.7.2. A ilicitude

Quanto à ilicitude, temos que os requisitos da idoneidade do objecto do contrato de transacção se reconduzem, em geral e segundo o disposto no art.º 280º, n.º 1 do CC, à possibilidade física ou legal, à determinabilidade e à licitude - que abrange não só a problemática da ilegalidade estrita, como ainda o objecto contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, conforme o disposto no art.º 280º, n.º 2 do CC.^{69 70}

A este propósito, também a lei adjectiva acompanha, inevitavelmente, tal desiderato.⁷¹

Subordinar o objecto do contrato, como vemos expressamente no âmbito da regulamentação do contrato de transacção conforme o disposto no art.º 1249º CC, aos requisitos do disposto no art.º 280º CC - sem esquecer, também, as regras relativas ao princípio da boa-fé, da proibição dos negócios usurários (art.º 282º CC), do abuso do direito (art.º 334º CC),⁷² e, de um modo geral, da sujeição dos negócios jurídicos a normas

⁶⁹ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, Vol. I, 4ª Edição, anotação 1, 2 e 3 ao art.º 280º CC.

⁷⁰ Horster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português- Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, reimpressão (2016), p. 522 e seguintes.

⁷¹ Art.º 290º, n.º 3 CPC

⁷² Coutinho de Abreu, Jorge Manuel, *Do Abuso do Direito, Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, (Reimpressão da edição de 1999), Almedina, 2006, pág. 49, chama à atenção, na esteira dos ensinamentos de Castanheira Neves, para o facto de que o abuso de direito é, antes do mais, um princípio normativo, uma expressão da própria Ideia de Direito. Logo, como os “*postulados axiológico-normativos do direito positivo, não têm de ser traduzidos em lei para vigorarem*”, ainda quando não houvera o art.º 334º CC sempre o referido princípio nortearia a ordem jurídica, vinculando a sua aplicabilidade.

Ainda, e no alcance do referido art.º 334º CC, pág. 55 a 69, explicitando as três áreas de salvaguarda: “(...) a doutrina distingue dois sentidos principais da boa-fé. No primeiro ela é essencialmente um estado ou uma situação de espírito que se traduz no convencimento da licitude de certo comportamento ou na ignorância da sua ilicitude, resultando de tal estado consequências favoráveis para o sujeito do comportamento. Neste sentido, a boa-fé insere-se nas normas jurídicas como elemento constitutivo da sua previsão, da hipótese. No segundo sentido, já se apresenta como princípio (normativo e/ou geral de direito) de actuação. A boa fé significa agora que as pessoas devem ter um comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros. Estes sentidos podem extrair-se das normas do Código Civil. (...) São também conhecidas as duas principais concepções dos bons costumes: a sociológica, que procura o respectivo conceito, naturalmente evolutivo, na opinião social dominante, e a idealista, guiada por ditames de ordem filosófica ou religiosa, reagindo sobre as práticas usuais. Porém, pode dizer-se que a moral pública (como tradicionalmente também são referidos os bons costumes), “segundo a doutrina mais qualificada, é o conjunto das regras morais aceites pela consciência social. Não se trata pois de usos ou práticas morais, mas de ideias ou convicções morais; não da moral que se observa e se pratica (mores), mas daquela que se entende dever ser observada (bonus mores). Não se trata tão pouco da moral subjectiva ou pessoal do

de natureza imperativa, está em consonância com a lógica de sustentação e de sobrevivência de todo o sistema.

1.3.7.3. A problemática da disponibilidade - indisponibilidade jurídica

É preciso ter em conta que a disponibilidade dos direitos não é o puro ou absoluto contraponto da indisponibilidade destes, posto que ela própria sofre limitações. Estas aparecem como necessárias à própria sustentação da liberdade de exercício dos direitos (subjectivos) de cada um *em situação*.

Diz-se, em técnica, que toda a relação jurídica, na sua definição estrutural, “*existe entre sujeitos; incidirá normalmente sobre um objecto; promana de um facto jurídico; (e estará) dotada de garantia.*”⁷³

São, pois, elementos constitutivos da relação jurídica os sujeitos, o objecto, o facto jurídico e a garantia, sendo ainda especialmente relevante para a definição da relação jurídica concreta, a ligação, ou vínculo, existente entre os sujeitos.

Tal vínculo advém, precisamente, do direito subjectivo e do correspondente dever jurídico em presença e que definem, respectivamente, o sujeito activo e o sujeito passivo da relação e, concomitantemente, o objecto que os liga.

O direito subjectivo é, assim, tradicionalmente definido como “*o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário).*”⁷⁴

juiz, antes sim da moral objectiva, e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se trata ainda, portanto, da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva (hoc sensu)”. Como se vê, o critério está na consciência social dominante. (...) E, quanto ao fim social ou económico dos direitos, “Melhor fora se o art.º 334º referisse apenas “fim (ou função) desse direito”. ”

⁷³ Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição e 12ª reimpressão, Coimbra Editora, (1999), p. 168.

⁷⁴ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra referida, p. 169. Nesta definição se incluem os direitos subjectivos em sentido estrito e os direitos potestativos.

No mesmo sentido:

Baptista Machado, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2016 (reimpressão da edição de 2014), p. 64.

Portanto, o direito subjectivo define-se como tal enquanto o exercício do respectivo poder jurídico “*está dependente da vontade do seu titular. (...) Por isso o direito subjectivo é uma manifestação e um meio de actuação da autonomia privada.*”⁷⁵

Precisamente, a autonomia da pessoa no desenvolvimento da sua personalidade, enquanto se relaciona com outras pessoas na vida quotidiana, é uma preocupação vital do direito, aliás constituinte do sentido do direito civil: este disciplina a vida humana na inter-relação, no respeito do princípio da autonomia da pessoa. Daqui decorre, naturalmente, que tal autonomia é essencial á própria realização da personalidade.

Mas, obviamente, porque esse poder de autodeterminação é sentido pelo direito como sendo-o no contexto da relação inter-pessoal,⁷⁶ terá de entrar em linha de conta com o princípio da igualdade ou da paridade dos sujeitos. O que necessariamente sugere uma preocupação com o equilíbrio nas relações jurídicas e a composição de áreas de salvaguarda.

Precisamente, a autonomia – que perpassa todos os domínios do direito civil - é mais ampla no âmbito das relações de natureza patrimonial e do tráfico jurídico do que no âmbito das relações pessoais e familiares, por exemplo.

E manifesta-se, necessariamente, por via da liberdade de, não só exercer os poderes (direitos) de que se é titular, como ainda na possibilidade de conformar o conteúdo, quer por via de acto unilateral quer por via de negócio jurídico unilateral ou bilateral, dos seus direitos e interesses.

É assim que, no domínio concreto dos contratos, falamos do princípio da liberdade contratual consignado no art.º 405º CC – que é também uma manifestação da autonomia da vontade. E o contrato é o meio por excelência, embora não o único, de revelar essa autonomia da vontade, de concretizar o universo dos direitos subjectivos e correspondentes deveres jurídicos.

Mas, como logo de entrada anota o referido normativo 405º no seu nº 1, “*dentro dos limites da lei*”. Porque é assim que o direito civil procura “*assegurar, pelo menos contra as suas negações extremas, uma justiça efectiva e substancial nas relações entre as*

Horster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português- Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2016 (reimpressão da edição de 1992), p. 45 e seguintes.

Santos Justo, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 8ª edição,(2017), p. 37.

⁷⁵ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, p. 169.

⁷⁶ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, p. 84 : “*O Direito só pode ser concebido, tendo como destinatários os seres humanos em convivência*”

*partes, bem como valores ou interesses da colectividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade, a segurança do comércio jurídico.”*⁷⁷

Compreende-se, pois, a razão de ser das limitações ou restrições ao exercício dos direitos, mesmo em domínios de reserva do princípio da autonomia da vontade, como é o caso dos contratos.

1.3.7.4. A indisponibilidade dita “objectiva”: as coisas fora do comércio e os direitos subjectivos de natureza pessoal

Há bens (coisas, direitos, interesses) que são “objectivamente indisponíveis” no contexto multifacetado das relações jurídicas, e o contrato de transacção não é excepção: refira-se, desde já, que a doutrina aponta, neste contexto, as coisas que se encontram fora do comércio - isto é as “*coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual*”, conforme dispõe o art.º 202º, n.º 2 CC.

Mas não só. A doutrina aponta os chamados *direitos subjectivos de natureza pessoal*^{78 79 80}, onde se incluirão direitos como os de personalidade e os de família.^{81 82}

146

⁷⁷ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, p. 97 e 98.

⁷⁸ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, anotação 3 ao art.º 1249º CC.

⁷⁹ Prato, Enrico del, *La Transazione*, Transazione(dir. priv.) dell’Enciclopedia del diritto, (1992), Giuffrè Editore- Milano, p. 71 e seguintes.

⁸⁰ Pires de Lima, Fernando Andrade, Antunes Varela, João de Matos, obra citada, anotação 3 ao art.º 1249º CC.

⁸¹ Lebre da Freitas, José, João Redinha, Rui Pinto, Código de Processo Civil Anotado, Vol. 1º (art.º 1º a 380º), (1999),Coimbra Editora, em anotação 2 e 3 ao antigo art.º 299º, hoje textualmente art.º 289º CPC de 2013: “o n.º 1 respeita aos limites materiais ao princípio da autonomia da vontade, a observar tanto dentro do processo como fora dele, agora no campo da indisponibilidade objectiva das situações jurídico-privadas. Às normas de direito substantivo cabe, pois, a determinação das situações jurídicas objectivamente indisponíveis e, designadamente, a distinção entre aquelas que o são em absoluto(estando vedado qualquer dos negócios de auto-composição do litígio) e as que apenas o são relativamente (permitindo a realização de algum ou alguns deles). É assim que, será relativa a indisponibilidade do objecto nas acções de divórcio e separação de pessoas e bens, já que é possível a desistência do pedido mas não a transacção nem a confissão, assim como relativa será a indisponibilidade do direito a alimentos, já que parece ser admitida a transacção (art.º 2006º e 2012º CC) e a confissão, mas a desistência do pedido só será possível quanto a prestações vencidas (art.º 2008º, n.º 1 CC).

⁸² Alberto dos Reis, obra citada, pág. n.º 519, no mesmo sentido.

A este propósito, ocorre de imediato que, de uma forma geral, a doutrina agrupa os direitos subjectivos por via de várias classificações que correspondem, afinal, a uma visão pluridimensional deste direito.⁸³

É assim que os direitos de personalidade e os de família, e também os direitos reais, serão direitos absolutos por oposição aos direitos subjectivos relativos (como é o caso dos direitos obrigacionais). Os primeiros são direitos subjectivos que se impõem contra todos, embora absoluto “*não signifique “ilimitado”, ou “isento de vinculações e deveres”, ou “incontrolado”*”.⁸⁴

Os segundos são direitos que, em regra,⁸⁵ só têm efeitos “inter-partes”, não se constituem como um poder de domínio, apenas estabelecem obrigações limitadas a determinadas pessoas: são direitos de crédito, direitos que implicam apenas uma correlativa obrigação de prestar, ou de adoptar um dado comportamento.⁸⁶

Concretamente, aplicando o critério aos “negócios processuais”, refere taxativamente a doutrina que “*a confissão, a desistência do pedido e a transacção não são admissíveis relativamente a situações jurídicas indisponíveis (...) isto é, a situações que não podem ser constituídas, modificadas ou extintas por vontade das partes (...). A indisponibilidade da situação jurídica pode ser absoluta ou relativa: -é absoluta se a situação não admite nenhum desses negócios processuais; -é relativa se for admissível algum ou alguns desses negócios*”.⁸⁷

147

1.3.7.5. O alcance do art.º 1249º CC e os direitos subjectivos de natureza pessoal

⁸³ Segundo o objecto ou bem jurídico em que incidem são direitos de personalidade e de família, direitos sobre bens materiais e imateriais; segundo o conteúdo serão direitos de domínio, de crédito, potestativos; segundo o alcance da sua oponibilidade serão absolutos ou relativos; originários ou derivados consoante o facto jurídico de que derivam; e transmissíveis- patrimoniais ou intransmissíveis- pessoais consoante a ligação ao titular.

Nesse sentido também Baptista Machado, João, *obra citada*, p. 88 a 90.

⁸⁴ Horster, Heinrich Ewald, *obra já citada*, p. 46 e 47.

⁸⁵ Embora haja obrigações contratuais que ultrapassam estes limites e até outras que, por serem duradouras e conferirem um exercício muito aproximado de posse, acabam por dar guarida a um *status* aparentemente real (exº contrato de locação, de comodato). Em regra são as que constituem direitos pessoais de gozo.

⁸⁶ Art.º 397º CC: *Obrigaçao é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.*

⁸⁷ Sousa, Miguel Teixeira de, *obra citada*, página 201, Ponto 4.

Concretizando o alcance da previsão legal da primeira parte do art.º 1249º CC, dissemos atrás que a doutrina aponta como indisponíveis os *direitos subjectivos de natureza pessoal*, onde se incluem os direitos de família e os direitos de personalidade, o que levaria a pensar que, pelo menos aparentemente, deixaria de fora os *direitos de natureza patrimonial*.

Mas não será assim.

Desde logo porque a previsão normativa do art.º 1249º não nos conduz a uma tal visão de carácter restritivo quando refere “*As partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, (...)*”. E, por outro lado, porque conhecemos, pelo ordenamento jurídico afora, vários casos de direitos de crédito que são de natureza indisponível.^{88 89}

Concluimos, pois, conforme o atrás referido, que a indisponibilidade contida no art.º 1249º CC é aquela que resultará não apenas da natureza do direito em presença, mas também de expressa disposição da lei acerca de direito de qualquer natureza, incluídos os direitos de natureza patrimonial.

Convenhamos que, logo no alcance das classificações acima enunciadas, designadamente daquela que distingue direito absoluto de direito relativo, a indisponibilidade andarà mais próxima do direito de natureza absoluta do que do direito de crédito ou de natureza relativa.

E a verdade é que – num exercício de divagação jurídico-conceitual sempre agradável - a questão da indisponibilidade / disponibilidade dos direitos, é, afinal, anterior àquela ordenação doutrinária e pluridimensional dos direitos subjectivos, exercidos no contexto das relações jurídicas em sentido estrito, pois que, em rigor, advém, no mais essencial, do próprio conceito de *relação jurídica fundamental*.

Conforme já havíamos suscitado acima, a liberdade no exercício dos direitos, expressão do poder de autodeterminação que o Direito ao homem reconhece, além de

⁸⁸ Embora também haja direitos de crédito de natureza indisponível (exº direito à retribuição no âmbito do contrato de trabalho).

⁸⁹ Como bem refere Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 122 a propósito da distinção entre indisponibilidade por natureza e indisponibilidade por via da lei: “*In realtà si può ritenere che la categoria dei diritti indisponibili per natura comprenda diritti di contenuto non patrimoniale, personali o personalissimi, come tali generalmente indisponibili, e la seconda quei diritti patrimoniali, dei quali la legge espressamente sancisce l’indisponibilità più o meno ampia, indisponibilità che può assumere specificamente la forma dell’intransigibilità*”.

implicar inevitavelmente – diríamos até constitutivamente – o seu exercício *em relação* com os outros, implica autoresponsabilização.

Portanto, liberdade, autodeterminação e autoresponsabilização definem o homem como “pessoa”.⁹⁰ E é este homem enquanto pessoa que, na relação jurídica fundamental com os outros, é instituído num “círculo de direitos”, ou “esfera jurídica” que lhe “*garante um certo mínimo inalienável (...). Deste modo, compõem o círculo de direitos a própria existência da pessoa, os direitos de personalidade inerentes à mesma, os seus direitos patrimoniais e os interesses legalmente protegidos. A pessoa, conjuntamente com os seus direitos de personalidade, é o centro daquele círculo, envolta pelos outros direitos e interesses protegidos por lei. Dentro desta “esfera jurídica” distingue-se, depois, entre direitos e deveres de carácter pessoal e de carácter patrimonial.*”⁹¹

É esta relação jurídica fundamental que informa a relação jurídica, desde logo em sentido amplo, e depois, em sentido estrito ou concreto. Através desta última é concretizada a atribuição do direito subjectivo e da correspondente obrigação, *em situação*.

Portanto, na esfera jurídica encontramos direitos (e deveres) de natureza pessoal - desde logo os direitos de personalidade e os direitos de família – e também direitos de natureza patrimonial:

1- direitos de personalidade

Decorre do que acima vai dito que toda a pessoa, pelo simples facto de o ser, tem personalidade jurídica. “*Num sentido puramente técnico, ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro (...) de uma esfera jurídica*”.⁹²

⁹⁰ Horster, Heinrich Ewald, obra citada, p. 154 a 156: “(...) *cada homem tem, em relação a todos os outros, um direito no sentido de ser respeitado como pessoa e de não ser violado na sua existência (vida, corpo, saúde) e na sua esfera própria que envolve a sua existência (propriedade, direitos de crédito, etc) bem como uma obrigação no mesmo sentido em relação a todos os outros. Quer dizer, os homens devem-se respeito mútuo como pessoas, como seres autodeterminados e auto-responsáveis. (...) Todas as relações jurídicas, independentemente do facto jurídico que lhes deu origem, podem ser conduzidas ao modelo-padrão da relação jurídica fundamental (...). Por outro lado, todas as relações jurídicas devem ser compatíveis com a relação jurídica fundamental.*”

⁹¹ Horster, Heinrich Ewald, obra citada, p. 157 e 158.

⁹² Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, p. 84.

Sendo a personalidade jurídica uma qualidade que é directamente informada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tal implica que “a pessoa é titular de direitos absolutos, que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade: são os direitos de personalidade constantes dos art.º 70 e seguintes do Código Civil.”^{93 94}

Tais direitos protegem a vida, a saúde e a integridade físicas, a honra, o nome, a liberdade física e psicológica, a imagem, a reserva da intimidade da vida privada.

São direitos tidos como *necessários e irrenunciáveis*.⁹⁵

Encontram acolhimento e tutela, em especial nos art.º 72º a 80º e, a título de tutela geral, no art.º 70º, do CC.

2-Direitos de família: pessoais e patrimoniais

Trata-se de direitos subjectivos de carácter peculiar atento o tipo de relação jurídica em que se enquadram. As relações familiares são relações entre sujeitos, pessoas,⁹⁶ pelo que está logicamente excluído que uma das pessoas possa ser objecto da relação.

Tais relações dão origem a dois tipos de direitos familiares: os *pessoais* e os *patrimoniais*.

Os direitos familiares patrimoniais são, por natureza, direitos reais ou obrigacionais, embora com especificidades decorrentes da relação familiar donde derivam: entre outros e a título de exemplo, os art.º 1678º e seguintes estabelecem as regras quanto à administração, alienação e oneração dos bens comuns do casal ou próprios de cada um; os art.º 1888º e seguintes regulam a administração dos bens pertencentes a filhos menores;

⁹³ Mota Pinto, Carlos Alberto, obra citada, p. 87.

⁹⁴ Rabindranath Capelo de Sousa, *A Constituição e os direitos de personalidade, Estudos sobre a Constituição*, Vol. 2, Lisboa, (1978), p. 93, dá a seguinte definição de direito de personalidade: “direitos subjectivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objecto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida”.

⁹⁵ Embora o disposto no art.º 81º, n.º 1 CC admita a possibilidade de limitação voluntária quando não contrária aos princípios de ordem pública.

⁹⁶ Art.º 1578º CC: “Parentesco é o vínculo que une duas pessoas(...)”

Art.º 1577º CC: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas(...)”

os art.º 1690º e seguintes estabelecem o regime das dívidas dos cônjuges e os bens que respondem pelas mesmas.

Ora, muitos dos direitos de natureza patrimonial no contexto da relação familiar, precisamente em virtude da sua especial função e ligação ao titular, são alvo de indisponibilidade ^{97 98}e, por conseguinte, de intransigibilidade: pensemos, por exemplo, no caso do direito legal a prestação alimentar do filho menor de idade. Enquanto direito constituído ao abrigo das responsabilidades parentais (art.º 1878º, n.º 1 CC), as quais são irrenunciáveis (art.º 1882º CC), terá tal direito de ser qualificado como indisponível. ⁹⁹

É de referir a este propósito— como bem anota Santoro-Passarelli ¹⁰⁰- que, quando a razão da indisponibilidade, para além do bem intrinsecamente considerado e sob tutela, se funda numa específica função em relação à pessoa que é titular do direito ao respectivo bem, então, a somar ao aspecto objectivo, teremos o concurso de um aspecto subjectivo da indisponibilidade.¹⁰¹

O que traz consigo, inevitavelmente, e numa perspectiva mais ampla, um alargamento do conceito de indisponibilidade à própria relação jurídica e não apenas ao direito em si.

Já os direitos familiares pessoais não encontram paralelo, são específicos. Na verdade, desenham-se como relações entre pessoas, sujeitos. Pode dizer-se que são direitos sem objecto, não são *direitos de domínio*. Correspondem a estados familiares – exº “casado”, “filho”.

Nas relações externas, isto é, em relação a terceiros, têm carácter de exclusividade, são direitos absolutos, natureza aproximada da dos direitos reais: exº art.º 1577º (o casamento implica *plena comunhão de vida*), art.º 1878º, n.º 1 (compete aos pais exercer o poder paternal).

⁹⁷ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 122.

⁹⁸ Alberto dos Reis, obra citada, pág. 520 a 524, na esteira de Manuel de Andrade, alerta precisamente para o facto de ser necessário distinguir, no âmbito das relações familiares, os efeitos pessoais dos efeitos patrimoniais e mesmo quanto a estes, para a necessidade de distinguir os direitos patrimoniais *eventuais* e os direitos patrimoniais *definidos e certos*, visto que, só quanto a estes se verificará a disponibilidade inerente ao poder de disposição.

⁹⁹ Embora o direito a alimentos, conforme o regime estabelecido no art.º 2008º, n.º 1 CC, aponte para uma indisponibilidade parcial já que são susceptíveis de renúncia as prestações vencidas.

¹⁰⁰ Santoro-Passarelli, Francesco, obra citada, p. 124: *Nel caso del credito alimentare legale può ravvisarsi anche una limitazione della capacità giuridica dell'alimentando, privo dell'attitudine a modificare il rapporto alimentare di cui è parte ope legis, in particolare mediante una transazione. Prevale però l'aspetto oggettivo. Non così in altre ipotesi, in cui prevale l'aspetto soggettivo (...)*

¹⁰¹ O que terá a sua relevância prática no tipo de invalidade (nulidade ou anulabilidade) a tratar em caso de violação .

Nas relações internas apresentam-se genericamente como direitos obrigacionais de carácter duradouro: exº art.º 1672º (*os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de...*), aparecendo por vezes como direitos de tipo potestativo na vertente de poderes de direcção: exº art.º 1877º (*os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais...*); art.º 1878º, n.º 1 (*competem aos pais, no interesse dos filhos...*).

São direitos irrenunciáveis, inalienáveis e, em parte, originários ou naturais (como é o caso da relação paterno-filial).

Por conseguinte, conclui-se que o núcleo duro da indisponibilidade estará nos direitos de personalidade, nos direitos familiares pessoais e nalguma vertente patrimonial destes direitos como é o caso do direito legal a alimentos.

1.4 Transacção, acordo de mediação, homologação e a Lei nº 29/2013 de 14 de Abril

São, pois, já o vimos, pressupostos da transacção, na sua vertente substantiva, a existência de um litígio e o propósito de o terminar mediante concessões ou sacrifícios mútuos, salvaguardando os direitos de que não é permitido às partes dispor bem como as questões relativas a negócios jurídicos ilícitos (art.º 1249º CC), sendo que o acordo daí resultante constará, no mínimo, de documento escrito, sem prejuízo de acrescidas exigências de forma (art.º 1250º CC).

Quando a transacção seja interceptada por cenário judicial – quer porque o litígio está pendente em juízo quer porque, embora não o estando, a transacção celebrada carece de homologação judicial para ser plenamente eficaz, como é o caso de alguns acordos resultantes de mediação – os seus pressupostos e requisitos, designadamente quanto ao objecto e qualidade das pessoas intervenientes, são especificadamente avaliados nos termos do disposto no art.º 290º, n.º 3 do CPC (e art.º 289º, n.º 1 e 290º, n.º 1, em exacta correspondência com os art.º 1249º e 1250º CC, respectivamente).

Pressupostos serão a existência de litígio que se pretende compor por via de concessões mútuas, sendo que os requisitos, atinentes às pessoas envolvidas e ao objecto da transacção, tocarão questões de índole subjectiva como a capacidade, e de índole objectiva como a licitude e a disponibilidade das matérias envolvidas (quer quanto à disponibilidade dos direitos estritamente considerados quer quanto à indisponibilidade de certas relações jurídicas, como referimos acima).

E é nesta latitude - feita a pequena viagem acima pelos vários conceitos e institutos envolvidos - que a mediação e os litígios que lhe são cometidos, isto é, a mediabilidade, se deverão também ponderar.

Na perspectiva de Cardona Ferreira¹⁰², *“É certo que, a mediação costuma ser apresentada como emanção da autonomia privada. E é. (...)*

Porém, todos temos de ter consciência, a este respeito, acerca da ordem jurídica portuguesa, mormente de dois aspectos. Por um lado há que distinguir (...) situações de direitos disponíveis e, por outro lado, indisponíveis(...).

Mas indisponíveis são quase todos os direitos, designadamente, em Direito da Família e em grande parte do Direito do Trabalho. E, portanto, neste âmbito, a intervenção do juiz é, juridicamente, indispensável. Mas, curiosamente, estes dois campos são aqueles em que a mediação pode ser mais útil. Problema? Solução extremamente simples: “casar” a intervenção da jurisdição e da mediação, como, aliás, se fez em matéria de Direito da Família.

Por outro lado, livre e esclarecida formação da vontade pessoal é um princípio de interesse e ordem pública da própria autonomia privada. Ou, numa outra vertente, atente-se nas palavras de Carlos da Mota Pinto: “esta autonomia, este poder de autodeterminação nas relações com as outras pessoas, supõe necessariamente a igualdade ou paridade de situação jurídica dos sujeitos”.

Mas nada disto obsta à mediação. O que tudo isto faz - mais uma vez o friso- é aconselhar, “impor” a harmonização entre jurisdição e mediação. Uma e outra só ganham com essa harmonização e, mais importante, ganha o cidadão Caminhante.”

Vimos acima que a mediação é hoje regulada, nos seus princípios gerais aplicáveis, bem como quanto aos regimes jurídicos da mediação em matéria civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, pela Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, que, numa espécie de *remake* parcial – isto porque temos em conta que já anteriormente a Lei nº 29/2009 de 29 de Junho, por via do seu art.º, n.º 85º, hoje revogado, tivera tal pretensão, introduzindo normas em conformidade no Código de Processo Civil, hoje também revogadas – procede à transposição da Directiva 2008/52/CE de 21 de Maio do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

¹⁰²Ferreira, J. O. Cardona, “Justiça- Os Caminhantes e os Caminhos”, (2010), in *O Direito* 142º, V, p. 813-827.

No alcance desta Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, de que nos ocupamos, a mediação em geral, como forma de resolução alternativa de litígios, aparece regulada como uma via de chegada a um acordo entre as partes (art.º 2º alínea a)), com o auxílio de um terceiro (art.º 2º alínea b)), e estruturalmente assente em princípios como a vontade das partes em submeter e manter o seu litígio a mediação (art.º 4º), a confidencialidade do procedimento de mediação (art.º 5º), o direito a tratamento igual e imparcial (art.º 6º), por via de um mediador independente (art.º 7º), competente e responsável (art.º 8º) e, finalmente, em que o acordo obtido tenha força executiva.

Este último alcance, especificamente regulado no art.º 9º da Lei, aporta à nossa temática um aspecto de grande relevo: o acordo resultante de mediação pode ter força executiva *sem necessidade de homologação judicial*.¹⁰³

Isto desde que respeite a litígio que possa ser objecto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial, as partes sejam dotadas de capacidade para celebrar o acordo, este tenha sido conseguido por via de mediação realizada nos termos da lei e com a intervenção de mediador constante da lista oficial do Ministério da Justiça (requisito não exigível no âmbito dos sistemas públicos de mediação) e o conteúdo do acordo não viole princípios de ordem pública.¹⁰⁴

154

Portanto, livremente fixado pelas partes o conteúdo do seu acordo resultante da mediação, e uma vez reduzido a escrito e assinado pelas próprias e pelo mediador (conforme o disposto no art.º 20º da Lei, a meu ver mal integrado na secção III do capítulo III, quando o deveria estar no capítulo II por ser de aplicação geral), tal acordo, ressalvado o disposto no referido art.º 9º, tem total eficácia, estando assegurada a sua força executiva.

Concretamente no que concerne à mediação em matéria civil e comercial¹⁰⁵ – retirados, por conseguinte, os litígios susceptíveis de serem objecto de mediação familiar,

¹⁰³ Também em consonância com o disposto no art.º 703º, n.º 1 alínea d) CPC

¹⁰⁴ O que implicará, como bem lembra o *Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público sobre a Proposta de Lei 116/XII* que esteve na base da Lei da Mediação, consultável em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/P.inas/DetailheIniciativa.aspx?BID=37369>

que “ *intervindo apenas as partes e o mediador no processo de mediação, quem deve assegurar que aquelas têm capacidade, que o acordo é celebrado nos termos legalmente previstos e que o litígio possa ser objecto de mediação e que o acordo não viola a ordem pública é precisamente o mediador. É certo que, por uma questão de opção legislativa, decidiu-se não definir neste diploma as qualidades técnicas que deve possuir o mediador (...). Não podemos, ainda assim, deixar de assumir que estamos apreensivos nesta matéria*”.

¹⁰⁵ Ainda, duas ressalvas efectuadas a este propósito pelo referido *Parecer*, ao conjugar o disposto nos art.º 10º e 11º da Proposta de Lei : *opta por elevar à categoria de litígio passível de mediação em matéria civil e comercial todo aquele que respeite a interesses de natureza patrimonial, ou seja, que assumam carácter*

laboral e penal, já que têm tratamento específico no âmbito dos sistemas públicos respectivos - a Lei trabalha a questão mediante duas coordenadas fundamentais: primeiro a da delimitação do objecto e em segundo lugar a dos requisitos de homologação do acordo obtido.

O art.º 11º delimita o objecto desta mediação¹⁰⁶. E fá-lo com uma dupla amplitude: no que concerne a *interesses de natureza patrimonial* enquadráveis em tais matérias, não são apontadas limitações.

económico ou material e dessa perspectiva se reflectam no património do interessado, ou, não assumindo essa natureza possam as partes transigir sobre o direito controvertido. Resulta que (...) se optou por um critério alargado de definição das matérias integrantes dos conceitos “civil e comercial”. Esta opção merece-nos, porém, duas ressalvas: em primeiro lugar, respeitando as normas deste capítulo III à obrigação de transposição da Directiva 2008/52/CE (...) seria conveniente a referência expressa à exclusão do âmbito de aplicação deste capítulo às matérias em que o Estado actua no exercício da sua autoridade (...). Em segundo lugar, pese embora o presente regime trate em igual medida todos os interesses de natureza patrimonial, inserindo-os no conceito de matéria civil e comercial, existem, dentro desta categoria, situações que merecem a devida ressalva. Os interesses económicos dos consumidores e o direito à reparação dos danos por estes sofridos encontram assento constitucional (...). Reconhecemos que é possível que se argumente que, pese embora o modo de conduzir uma mediação seja radicalmente diferente quando está em causa um litígio de consumo ou um diferendo relacionado com um contrato comercial ou de direitos reais ou de responsabilidade civil, o certo é que, respeitando-se os princípios de qualidade, confidencialidade e executoriedade das decisões, o esquema previsto na presente Proposta de Lei poderá eventualmente garantir a salvaguarda dos interesses económicos dos consumidores. Todavia, existem razões válidas e justificadas para que se autonomizem os mecanismos de resolução alternativa de litígios quando está em causa matéria relacionada com consumo.”

¹⁰⁶ Também o Conselho Superior da Magistratura, em *Parecer sobre a referida Proposta de Lei*, consultado no Sítio já referido, aduz: “Isto corresponde a não poderem ser sujeitos litígios que respeitassem a direitos indisponíveis na medida em que em relação a estes, segundo as regras gerais do processo civil, “não é permitida confissão, desistência ou transacção que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis” (...). Porém, o projecto de diploma não prevê qualquer norma que permita aplicar subsidiariamente as normas de direito processual civil, bem pelo contrário, as regras a que o processo de mediação fica sujeito, são as estabelecidas no diploma que institua a entidade responsável pela sua efectivação (...). Ou seja, afastada ab initio a aplicação subsidiária das regras do processo civil, tal significará uma inversão de um princípio fundamental do direito privado segundo o qual os direitos indisponíveis não podem ficar sujeitos aos simples interesses das partes (razão por que no processo civil não se admite transacção quanto aos mesmos). Por conseguinte, seria pertinente(...) a exclusão da composição de direitos indisponíveis, sob pena de manifesta contradição interna do ordenamento jurídico, sugerindo-se o aditamento “e que não respeitem a direitos indisponíveis”. No mesmo sentido a *Opinião da Deputada Relatora da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias* : “tal como afirma o CSM (...) os direitos indisponíveis não podem ficar sujeitos aos simples interesses das partes. Não por acaso, não se admite transacção quanto aos mesmos. Bem mais consentâneo com a nossa ordem jurídica seria, pois, que se salvaguardasse na redacção da lei a exclusão de composição de direitos indisponíveis – bastaria um acrescento – sendo que a mediação penal e de sistemas de família já está salvaguardada pela própria proposta de lei.”

Já no que concerne a litígios que *não envolvam interesses de natureza patrimonial*, só será possível a mediação se também fora possível a transacção.¹⁰⁷ O que implica a convocação dos aspectos implicados nesta, acima suscitados.

O art.º 14º regula os requisitos da homologação judicial do acordo obtido, quer quando seja obrigatória por imposição legal – o que desde logo sucederá no caso de acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do actual art.º 273º, n.º 5 do CPC (antigo 279º-A), conforme o disposto no art.º 45º da Lei - quer quando sejam as partes a pretender requerer tal homologação.¹⁰⁸

E refere a norma que, tal homologação judicial *tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objecto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.*

Aqui chegados, impõe-se que nos detenhamos nalgumas considerações acerca da homologação que o legislador da mediação colocou ao alcance desta.

Compreende-se, até por razões de lógica e coerência jurídico-processual sistémica, que o acordo de mediação esteja sujeito a homologação quando aconteça “em suspensão”:

156

¹⁰⁸ A propósito do consignado no art.º 14º, aduz também o *Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público* sob consulta: “*refere-se na exposição de motivos desta Proposta de Lei que “a atribuição de força executiva nem sempre é pretendida pelas partes e que, por outro lado, são diversas as matérias em que será sempre necessária, por força de outros dispositivos legais, a homologação judicial do acordo para que este tenha força executiva. Importa ainda referir que o acordo de mediação que não reúna os requisitos necessários para que lhe seja atribuída força executiva pode sempre, em virtude de posterior homologação judicial, ver-lhe ser concedida essa qualidade”. A articulação dos regimes previstos para os acordos executáveis com e sem recurso a homologação judicial parece-nos bem conseguida (...). Igualmente acertada (...) é a opção pelo carácter facultativo e voluntário da submissão a homologação. Se as partes consideram que é possível o cumprimento do acordo numa base voluntária, sem recurso aos mecanismos executivos judiciais, não se entenderia que a homologação fosse estipulada como mecanismo obrigatório fora das situações previstas no art.º 9º. Tal obrigação teria apenas a virtualidade de impedir que o objecto do acordo fosse contrário à ordem pública, que as partes o celebrassem sem capacidade ou que o litígio pudesse ser resolvido por via da mediação. Todavia, se os critérios de selecção e admissão à função de mediador forem suficientemente exigentes para garantir a obrigação de competência destes profissionais, que se erige como princípio deste diploma, cremos que a opção deste art.º 14º é acertada.*”

Dir-se-à que o disposto no art.º 26º alínea K) da Lei procurou suavizar esta preocupação: submete a actuação do mediador às normas éticas e deontológicas previstas na Lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia.

isto é, quando tenha na base um litígio que é alvo de acção judicial que fica suspensa, nos termos da lei, enquanto decorre a mediação.¹⁰⁹

De resto, parecem proceder as críticas encontradas sobre a justificação e utilidade da homologação.

É que, efectivamente, a Directiva 2008/52/CE não impõe a homologação do acordo de mediação, apenas pretende a sua executóriedade: *A mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão assegurar que as partes de um acordo escrito, obtido por via de mediação, possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório. Os Estados-Membros só deverão poder recusar declarar esse acordo executório se o seu conteúdo for contrário ao direito interno (...) ou se o seu direito não prever o carácter executório do conteúdo do acordo específico. Tal poderá acontecer se a obrigação especificada no acordo não tiver, pela sua natureza, carácter executório.*¹¹⁰ Tal está expressamente regulado no art.º 6º, n.º 1 da Directiva, sob a epígrafe “Executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação”.

Ora, na vigência da transposição da Directiva efectivada em 2009, não é feita qualquer referência à executóriedade, mas somente à homologação, por via do art.º 249º-B do CPC.

A verdade é que, nem seria necessária tal referência, até em conformidade com a Directiva quando refere “ (...)ou se o seu direito não prever o carácter executório do conteúdo do acordo específico”.

De facto, à data, o então art.º 46º, n.º1 alínea c) do CPC, direito interno português, estabelecia que “os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto” eram títulos executivos. Trata-se, portanto, de simples documentos de natureza particular, já

¹⁰⁹ Em sentido contrário, por não lhe parecer ser inevitável e até contrariar o princípio da confidencialidade que preside à mediação, Gouveia, Mariana França, “Algumas Questões Jurídicas a Propósito da Mediação”, in *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the european union*, Mediarcom/ Minerva Coimbra, (2009), pág. 213-242, pág. 236.

¹¹⁰ Considerando 19 da Directiva referida.

para não falar dos autênticos ou autenticados também previstos como títulos executivos no alcance da alínea b) da mesma norma.

Portanto, a sugestão feita pela Directiva no seu art.º 6º, n.º 2, tem apenas em conta a generalidade dos sistemas jurídicos e não, como o era à data, o caso específico português.¹¹¹

Donde resulta que, a homologação, no sistema jurídico português, não se afigurava imprescindível à executoriedade do acordo de mediação.¹¹²

Já ao abrigo da Lei da Mediação, veio a ser revogado aquele art.º 249º-B, é certo, mas a Lei tomou posição quanto aos requisitos de executoriedade do acordo de mediação não homologado, no seu art.º 9º: desde que o seu conteúdo respeite a litígio susceptível de mediação e para o qual não se exija homologação, as partes sejam dotadas de capacidade e o conteúdo não viole a ordem pública, tendo sido conseguido o acordo por via de mediação legalmente prevista e através de mediador inscrito oficialmente, tal acordo é executório.

Ficou clara, portanto, a dissociação entre executoriedade e homologação.

Sendo que, à luz do actual art.º 703º CPC, será agora enquadrada a qualidade executória do acordo de mediação na alínea d) do seu nº 1.

158

De tudo quanto se disse, parece poder concluir-se, à luz da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, que em matéria civil e comercial - com exclusão dos litígios que, ainda que de tal âmbito, sejam passíveis de mediação familiar, laboral e penal - os requisitos de mediabilidade dos litígios só encontrarão correspondência nos requisitos estritos do contrato de transacção quando estejam presentes interesses de natureza não patrimonial, ou, ainda, como decorre da análise supra efectuada, interesses patrimoniais que decorrem de direitos de natureza estritamente pessoal indisponíveis.

Isto é, em tese, o acordo válido e resultante de mediação poderá não resultar exactamente coincidente com as exigências do acordo transaccional clássico válido, tal

¹¹¹ Lebre de Freitas, José, *A acção executiva Depois da reforma da reforma*, 5ª Edição, (2009), Coimbra Editora, pág. 57, nota 44 refere: “A evolução do nosso direito foi, desde o CPC de 1876, no sentido de generalizar e exequibilidade dos documentos particulares(...) que outras legislações não conhecem (caso da lei alemã), e outras ainda restringem aos títulos de crédito (caso da lei italiana) ou aos cheques (caso da lei francesa).”

¹¹² Gouveia, Mariana França, obra citada a propósito, refere até que a única virtualidade vislumbrada com a homologação seria a da obtenção de um título executivo com o valor de sentença (art.º 46º, n.º 1 alínea a)) para circunscrição dos fundamentos de oposição (art.º 814º CPC então vigente.)

como o conhecemos e acima desenvolvemos, caso apenas estejam em presença interesses de natureza patrimonial.¹¹³

É claro que, se tal acordo estiver por lei – ou por vontade das partes – como vimos acima, sujeito a homologação judicial, terá de respeitar os requisitos consignados no art.º 14º, n.º 3 da Lei, os quais, em rigor e por aferição dos requisitos do contrato de transacção já acima expendidos, nos reconduzem às condicionantes impostas a uma transacção válida: objecto, capacidade, licitude.

Mas só nesse caso.

Porque, se o acordo resultante de mediação não estiver por lei ou por vontade das partes sujeito a homologação judicial, a sua validade depende unicamente de o mesmo ter sido alcançado por partes capazes, com o auxílio de mediador oficial no âmbito de procedimento legal de mediação, e de o seu objecto ser susceptível de mediação, respeitando a ordem pública.¹¹⁴

¹¹³ Vide, Carlos Rogel, *Mediación y Transacción en el Derecho Civil*, monografia, in *Diritto@Storia*, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, nº 9, 2010, consultável em <http://dirittoestoria.it/9/Monografie/Rogel-Vide-Mediacion-y-transaccion.htm>. O autor defende que os limites aplicáveis à transacção se aplicam inexoravelmente à mediação quando esta termina por acordo: “*la mediación – si tiene éxito – determina la celebración, por las personas con las que se ha mediado, de un acuerdo transaccional mediante el qual (...) se pone fin a todas las disputas existentes(...)la mediación conduce a la transacción.(...) Las personas no son sempre enteramente libres para zanjar, por su sola voluntad, las cuestiones que a ellas afectan(...) por vía transaccional, mediación previa mediante, llegado el caso(...).En efecto, hay muchas cuestiones(...) reguladas por normas imperativas(...) que no pueden ser cambiadas ni alteradas por pactos ni por acuerdos de voluntades, transaccionales o no. La transacción, pues, tiene sus limites, limites que, de buena fe, pueden ignorar los padres e hijos de familia,(...)mas no los mediadores, que son profesionales y, como tales, conocedores obligados de la materia que les ocupa(...). Los mediadores, pues y en mi opinión, han de saber, necesariamente, cosas sobre la transacción, meta deseable de su quehacer. Han de saber, señaladamente, quien puede transigir Y quien no. Han de saber sobre que cosas se puede transigir y sobre cuales no.*”

¹¹⁴ É interessante verificar que, no domínio da Lei da Arbitragem Voluntária, Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro, a possibilidade de celebração de transacção no decurso do processo arbitral, que vem prevista no seu art.º 41º, n.º 1, também parece desviar-se do rigor dos requisitos clássicos do contrato de transacção, pelo menos no que se refere a interesses de natureza patrimonial: *se, no decurso do processo arbitral, as partes terminarem o litígio mediante transacção, o tribunal arbitral deve pôr fim ao processo e, se as partes lho solicitarem, dá a tal transacção a forma de sentença proferida nos termos acordados pelas partes, a menos que o conteúdo de tal transacção infrinja algum princípio de ordem pública.*

De facto, se analisarmos comparativamente o estabelecido na Lei da Mediação e o disposto no art.º 1º, n.º 1 e 2 da referida Lei da Arbitragem Voluntária, verificamos que há identidade de regimes quanto à temática da mediabilidade ou objecto do litígio, e transacção. Dir-se-á que a Lei da Mediação, sendo ulterior, no tempo, àquela Lei da Arbitragem, seguiu os seus passos nesta matéria.

Ora, foi mesmo essa a intenção do legislador, como se pode ver pela consulta efectuada à exposição de motivos no âmbito da Proposta de Lei 116/XII que esteve na base da Lei da Mediação, em

Tal acordo, assim conseguido, é válido e eficaz, sendo susceptível de fundar uma acção executiva, como já referido (art.º 9º da Lei).

Aqui chegados, temos inevitavelmente de concluir que as questões suscitadas acima a propósito da análise e transposição da Directiva, especialmente no que toca ao objecto da mediação ou mediabilidade, acabam por se manter, em maior ou menor grau, com a Lei da Mediação tal qual ficou aprovada.

Questiono, até, se, tendo em conta os Pareceres das entidades acima elencadas, como o Conselho Superior da Magistratura, o Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz,¹¹⁵ até a Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, que expressamente se pronunciaram pela ressalva expressa dos direitos de natureza indisponível no âmbito da Lei, tal não significará mesmo, numa consentânea perspectiva do alcance da Directiva transposta, uma clara opção por um conceito de mediação *pairando* sobre o conceito de transacção, logo mais abrangente e flexível.

2. Conclusão

Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se acordo de mediação e transacção se reconduzem a uma mesma e exacta figura, com inevitáveis implicações noutras figuras conexas, como é o caso da homologação, ou se, diferenciadamente, o acordo de mediação se afasta, de alguma forma, da transacção tradicional.

Isto tendo em conta a natureza da mediação enquanto meio, alternativo ou adequado, de resolução de conflitos transformados em litígios, onde o núcleo essencial que a define – as partes, acompanhadas por um mediador – implica uma relação paritária de cooperação pautada por confiança, sigilo, neutralidade e idónea competência, num cenário de voluntariedade do princípio ao fim.

De facto, tenho para mim que a “teoria” desta moderna mediação – se assim me é permitido discorrer – traz consigo, ainda que vista de fora, uma diferente e avançada

160

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/P.inas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37369> :”Numa perspectiva de valorização do procedimento de mediação, e de maximização dos tipos de litígios que as partes podem procurar resolver entre si através da mesma, optou-se pela concretização desse critério nos mesmos termos em que foi fixado o critério de arbitrabilidade na nova Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro”.

¹¹⁵ Parecer consultável no mesmo *Sítio* acima referido, que faz sentir como pertinente a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis e a menção à salvaguarda destes, mormente por via da homologação judicial.

percepção daquilo que será a pacificação através da justiça. Em tese, é o próprio conflito feito litígio que, em grande medida e subliminarmente, traz consigo o germe da solução, ou, dito de forma menos prosaica, a descoberta de que “o que nos une é maior do que aquilo que nos separa”.

Da análise do percurso legislativo da mediação em Portugal até à recente Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, e, bem assim, da convocação dos institutos jurídicos acima analisados, percebe-se que os vários conceitos e figuras se associam e desassociam no terreno da mediação em várias frequências: o acordo resultante da mediação nem sempre se reconduz à transacção em sentido jurídico estrito e seus exclusivos requisitos, esta nem sempre é condição ou pressuposto da homologação do acordo, assim como a homologação, quando não obrigatória, não impede a validade e eficácia do acordo, espelhando assim a própria executoriedade deste estas variações.

Ora vejamos, revisitando a exposição:

No território dos **juílagados de paz**, cuja competência declarativa (art.º 6º, n.º 1 LJP), agora expressamente ampliada aos procedimentos cautelares (art.º 41º-A LJP)¹¹⁶, se desenvolve, ainda que limitada ao valor de 15.000,00€, em áreas tão diversas como – salvaguardadas as especialidades expressas - os direitos e deveres de natureza obrigacional, incluída a responsabilidade civil contratual e extracontratual, os direitos e deveres de natureza real, e até certas acções indemnizatórias emergentes de determinados crimes (art.º 9º LJP), a mediação aparece como um serviço do próprio juílagado.

No dizer da Lei dos Juílagados de Paz, *o serviço tem como objectivo estimular a resolução, com carácter preliminar, de litígios por acordo das partes* (art.º 16º, n.º 2), e *é competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objecto de mediação, ainda que excluídos da competência do juílagado de paz* (art.º 16º, n.º 3).

Ali encontramos, portanto, a mediação *intra* e *extra* competência, ambas com inclusa pré-mediação, cujo *objectivo é explicar às partes em que consiste a mediação e verificar a predisposição destas para um possível acordo em fase de mediação* (art.º 50º LJP).

Ora, salta à vista que a Lei nº 54/2013 de 31/07 que alterou a LJP, eliminou, no nº 3 do art.º 16º a referência “*com excepção dos que tenham por objecto direitos indisponíveis*”, em coerência com o disposto no art.º 11º da Lei da Mediação que a precedeu e que vincula o processo de mediação (art.º 53º, n.º 1 LJP).

¹¹⁶ Por força da Lei nº 54/2013 de 31 de Julho.

Em conclusão, a mediação ao dispor junto dos serviços do julgado de paz, em termos materiais, ultrapassa a competência concreta do próprio julgado, sendo que, o seu limite material será o constante no art.º 11º da Lei da Mediação, já nosso conhecido.

É assim que, das disposições conjugadas da LJP, da Lei da Mediação e da Portaria 1112/2005, de 28/10, temos que, caso haja acordo de mediação, das duas uma:

o referido acordo assinado por todos os intervenientes, resulta de mediação levada a efeito no âmbito de processo instaurado no julgado de paz e adentro da competência deste para a apreciação da causa. Nesse caso vai a imediata homologação pelo juiz de paz, tendo valor de sentença (art.º 56º, n.º 1 LJP). Como é subsidiariamente aplicável a lei processual civil (art.º 63º LJP), temos que, por princípio, esta homologação judicial há-de respeitar os termos do disposto nos art.º 290º e 289º CPC, por equiparação deste acordo de mediação à transacção. Por fim, a executoriedade de tal acordo decorrerá, portanto, da valência condenatória da própria sentença homologatória e dos requisitos da obrigação que esta confirma (art.º 703º, n.º 1 alínea a) CPC).

Por outro lado, se o referido acordo resultar de mediação *extracompetência*, refere a Portaria nº 1112/2005 de 28/10, que o mediador de conflitos está sujeito às *regras técnicas aplicáveis à mediação, inscritas na Lei nº 78/2001 de 13/07, e no presente regulamento* (art.º 15º). Logo, por força do art.º 53º da LJP, sujeito à Lei da Mediação e ao cumprimento das suas normas.

Assim, em matéria civil e comercial, se o litígio mediado respeitar a interesses de natureza patrimonial não sofre limitações, mas já se respeitar a interesses de natureza não patrimonial só será possível se *as partes puderem celebrar transacção sobre o direito controvertido* (art.º 11º, n.º 2 Lei da Mediação).

Cabe ao mediador, conforme já atrás referimos, a responsabilidade da verificação desta conformidade, especialmente se as partes não pretenderem a homologação judicial do acordo e esta não for imposta por lei.

De todos os modos, o acordo de mediação não homologado é válido.

E é eficaz em sede executória nos termos do disposto no art.º 9º da Lei da Mediação, onde salta à vista que, materialmente, tal só depende de o litígio ser *mediável*, as partes terem *capacidade* e de o conteúdo do acordo não violar *a ordem pública*.

Caso as partes queiram submeter o acordo a homologação, o juiz competente em razão da matéria, nos termos do disposto no art.º 14º, n.º 3 da Lei da Mediação, fará uma

verificação exaustiva: se o litígio é *mediável*, se as partes têm *capacidade*, se respeita os *princípios gerais de direito*, se respeita a *boa-fé*, se não constitui um *abuso do direito* e o seu conteúdo não viola a *ordem pública*.

Como se vê, neste caso, os requisitos da homologação e inerente conferência de validade ao acordo estão em correspondência com os da transacção.

Antes da entrada em vigor da Lei da Mediação, o regime da mediação *extra* competência, em sede de homologação do acordo obtido não era substancialmente diferente: ao remeter a LJP, a título subsidiário, como vimos, para o Código de Processo Civil, regiam então os art.º 249º-A, B e C para a mediação em geral e o art.º 279º-A para a mediação levada a efeito na pendência de acção judicial que no entretanto ficaria suspensa: neste último caso, *alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via electrónica, seguindo os termos definidos na lei para a transacção* (art.º 279º-A).

Não estando pendente instância judicial, a homologação seguiria os termos do disposto no art.º 249º-B nº 3, que genericamente referia que *a homologação judicial de acordo obtido em mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor*.

163

Em termos práticos, tal implicava a remissão para os art.º 300º e 299º então vigentes no CPC e, por conseguinte, a verificação da conformidade dos requisitos da transacção. O que, diga-se, de algum modo vinha de conformidade com o disposto no art.º 16 nº3 da LJP na redacção então vigente que ressalvava da mediação *extra* competência os *direitos indisponíveis*.

De notar que, o acordo não homologado – no caso de homologação não obrigatória – art.º 249º-B nº 1- ainda assim seria susceptível de fundar acção executiva, tendo em conta o disposto no art.º 46º, n.º 1 alínea c) então em vigor. Por isso, quando preenchidos os requisitos desta norma, o acordo resultante de mediação seria executório.

O raciocínio efectuado a propósito da homologação de acordo de mediação no contexto da mediação *extra* competência no âmbito dos julgados de paz antes da entrada em vigor da actual Lei da Mediação, cria-nos algumas dificuldades para a compreensão do alcance da restante mediação em matéria civil e comercial quando promovida a mediação fora dos serviços do julgado de paz.

De facto, alargando o raciocínio quanto ao objecto, validade e possível homologação do acordo de mediação em matéria civil e comercial, promovida fora dos serviços do julgador de paz, não regia então a norma do art.º 16º, n.º 3 da LJP.

Regia, outrossim, a norma geral do art.º 249º-A do CPC então em vigor, que no seu n.º 1, estatuiu que *as partes* podiam, *previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios*.

Tal redacção, ao alargar a mediação a *qualquer* litígio parecia querer conferir –lhe uma vasta amplitude de objecto, em clara dissonância com o objecto da mediação exercida no âmbito dos julgados de paz, ainda que *extra* competência.

Convém lembrar que tal dissonância, à primeira vista, parece radicar numa desconforme transposição da **Directiva 2008/52/CE** que, como já sabemos, está na base da inclusão, no Código de Processo Civil, daquelas normas relativas à mediação (art.º 249º-A, B e C e art.º 279º-A).

De facto, tal Directiva, no seu inequívoco intuito de dinamizar a mediação conforme tivemos a oportunidade de ver acima, circunscreveu-a, contudo, à matéria civil e comercial. *Todavia, diz, não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só*. É o que consta do seu Considerando 10, recebido de seguida no seu art.º 1º, n.º 2 quando expressamente estatui que *a presente directiva é aplicável (...), em matéria civil e comercial, excepto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável*.

Fica claro, portanto, que a Directiva 2008/52/CE exclui a sua aplicação à matéria que cada um dos Estados- Membros, na sua ordem jurídica, mantenha na área de salvaguarda da indisponibilidade.

Não obstante, o art.º 249º-A n.º 1 CPC então vigente, não foi redigido em consonância. De facto, ao referir *qualquer* litígio parece não fazer distinções.

E também é verdade que, ainda antes e também contemporaneamente da Directiva em questão, o legislador português deu abertura à mediação em áreas que são, claramente, de indisponibilidade, como é o caso do direito penal, da família e laboral. Basta ver a amplitude dos litígios mediáveis nos sistemas públicos respectivos.

Nessa esteira, já Dário Moura Vicente defendia, no contexto da vigência do CPC anteriormente à entrada em vigor da Lei da Mediação, a aplicabilidade da mediação em

matéria civil e comercial à generalidade dos litígios, por opção do legislador, tendo em conta o disposto no art.º 249º, n.º 1 CPC e, por maioria de razão, porque também a permitiu expressamente em matérias de direitos indisponíveis como aquelas referidas.¹¹⁷

Aliás, defendia mesmo que tal estaria em consonância com uma visão *total* da mediação. Isto é, não apenas como meio para chegar a um acordo expresso e formal, mas como meio para que as pessoas se pacifiquem, desmontando os seus conflitos, o que será o objectivo último da mediação.

Neste sentido, a mediação seria sempre admissível em qualquer contexto, podendo apenas suceder que porventura não fosse possível a homologação do acordo expresso, a final.

Esta visão, contudo, do ponto de vista do direito positivo, civil e processual civil, de então, como também referia Mariana França Gouveia, atrás citada, encontrava o obstáculo da homologação judicial do acordo obtido por via de mediação: art.º 279º-A n.º 5 para a mediação na pendência de acção judicial, necessariamente obrigatória na nossa lei, e art.º 249º-B n.º 3 para a restante, ou seja, a facultativa, que, em conformidade, faria o acordo desembocar necessariamente na transacção, de cujos pré-requisitos consta precisamente a disponibilidade (art.º 300º, n.º 3 e 299º, n.º 1 do CPC então vigente) de que também fala substantivamente o art.º 1249º CC.

Aduzia a referida autora, que, mesmo quando se distinga, na disponibilidade e como é tradicional, entre relativa e absoluta, para admitir eventual validade aos acordos de mediação sobre direitos relativamente disponíveis, restaria sempre, mesmo quanto a esses, o controlo jurisdicional da homologação e da conformidade do acordo pelo menos quanto a normas imperativas (art.º 249º-B n.º 3 CPC: *a homologação judicial de acordo obtido em mediação pré-judicial visa a verificação da sua conformidade com a legislação em vigor*), mais uma vez, conforme o imposto pelo regime da transacção.

Aliás, parece-me que teria de ser esse, inevitavelmente, o sentido do caminho da homologação, mesmo para quem via nela, a final, quanto à homologação voluntária constante daquele art.º 249º-B n.º 1 e 3 do CPC então vigente, o único objectivo de alcançar um título executivo com o valor de sentença para minimizar o alcance de uma eventual oposição em sede executiva. Isto porque, no nosso sistema jurídico, o disposto

¹¹⁷ Moura Vicente, Dário, *A Directiva sobre a Mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Almedina, 2008.

no então em vigor art.º 46º, n.º 1 alínea c) CPC sempre atribuiria ao acordo resultante de mediação, nos seus precisos termos, força executória como documento de natureza particular, susceptível, em sede executória, de uma oposição mais abrangente (antigo art.º 816º CPC).

Aliás, em sede executória, a Directiva 2008/52/CE não colocou qualquer obstáculo: estabeleceu pretender a executoriedade do acordo, é certo (Considerando 19º e art.º 6º, n.º 1 da Directiva), limitando-se a remeter para o direito interno de cada Estado-Membro.

Assim, voltando à homologação como forma de controlo jurisdicional do conteúdo do acordo de mediação – obrigatória ou facultativa - que, aliás, nunca foi imposta pela Directiva mas decorre apenas do direito interno português, tudo indica que, até à entrada em vigor da Lei da Mediação, nos termos do disposto nos art.º 300º n.º 3 e 299º, n.º 1 CPC, o controle é feito por via dos requisitos exigidos para a transacção.

Embora autores haja, como Mariana França Gouveia que, como vimos acima, defende que, na prática, não será possível ao juiz verificar da conformidade do acordo com normas imperativas, uma vez que, no caso, não dispõe do instrumento factualidade *versus* prova que lhe permitiria tal aferição.

Donde resultará, no seu entender, que o controlo jurisdicional, para além da questão da disponibilidade, só deverá procurar saber se o acordo de mediação viola ou não a ordem pública, entendida como *o conjunto dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico*.

Com a **entrada em vigor da Lei da Mediação, em Maio de 2013**, a mediação em matéria civil e comercial passa a ser regulada exclusivamente por esta Lei, que, aliás, revoga expressamente os art.º 249º-A, B e C (art.º 49º da Lei) e tem por objectivo, uma vez mais, a transposição da Directiva 2008/52/CE.

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2013, em 1 de Setembro de 2013, no âmbito da mediação, deu nova redacção ao art.º 279º do CPC, agora art.º 273º CPC, o qual adequa, no seu n.º 5, os termos da homologação. Aí se refere que *alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via electrónica, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação*.

Isto é, adequa a norma processual à Lei da Mediação, como sempre teria de ser, uma vez que esta é lei especial que regula, para futuro, o regime da mediação em matéria civil e comercial.

Valem aqui, portanto, todas as considerações que fizemos acima, em sede de direito positivo, especialmente a propósito da mediação *extra* competência.

O que mudou, pelo que importa á questão da mediabilidade e da validade e eficácia do acordo de mediação, no contexto civil e comercial?

Como vimos acima, ficou expressamente consignada, com carácter obrigatório geral, uma noção de mediação (art.º 2º alínea a) da Lei) mais alargada e próxima da que consta da Directiva 2008/52/CE.

Quanto aos litígios susceptíveis de mediação, ficou definitivamente fixado o critério do legislador português no art.º 11º da Lei: são mediáveis os litígios que respeitem a interesses de natureza patrimonial, pois os restantes só o serão se for possível a transacção.

O legislador fez uma opção expressa pela transacção como pré-requisito da mediabilidade neste último caso.

Aliás, em exacta consonância com a opção que já havia sido feita, também para a arbitragem, no art.º 1º, n.º 1 e 2 da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro. O texto é exactamente igual.

A meu ver, e apesar das críticas apontadas à Proposta de Lei como vimos acima, quanto á conveniente inclusão da referência expressa à inaplicabilidade da mediação aos direitos de natureza indisponível, tal acaba por se revelar, por um lado, como uma forma de salvaguardar, de princípio, tais direitos – já que a transacção implica necessariamente o seu respaldo – e, por outro, como que uma abertura flexível à avaliação concreta ou conjuntural da própria indisponibilidade, que, aliás e se bem virmos, vai sendo cada vez mais restringida a um núcleo essencial.

Salvaguardada a reserva de indisponibilidade acima, o art.º 20º estabelece que *o conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador.*

E é assim que, fica também expreso que tal acordo de mediação é executório por natureza, e portanto sem necessidade de homologação judicial para lhe conferir tal executoriedade, quando esta homologação não seja obrigatória e se cumpram os

requisitos do disposto no art.º 9º da Lei. Onde, como já tivemos a oportunidade de anotar, salta à vista a vinculação do conteúdo do acordo de mediação ao conceito de *ordem pública* para poder ser executório.

Assim sendo, e à luz das normas do processo de execução que entraram em vigor em 1 de Setembro de 2013, o referido acordo será título executivo nos termos do disposto no art.º 703º, n.º 1 alínea d) do CPC.

Esta executoriedade, constante do art.º 9º da Lei, será sindicável pelo mediador, pois a este competirá a verificação dos pré-requisitos do acordo de mediação para esse efeito, com o zelo e a competência que as normas éticas e deontológicas lhe impõem (art.º 26º alínea k) da Lei).

Finalmente, o art.º 14º, n.º 3 da Lei estabelece os requisitos da homologação judicial, quando voluntariamente pretendida, mas estabelece a sua aplicabilidade, afinal, também à homologação judicial obrigatória decorrente do disposto na lei processual civil quanto aos acordos resultantes de mediação levada a efeito na pendência de acção judicial: era o art.º 279º-A até 31 de Agosto de 2013, e a partir dessa data, o art.º 273º CPC, que no seu nº 5, como já referimos acima, estabelece tal conformidade (art.º 45º da Lei).

Se virmos bem, tais requisitos, afinal, conduzem-nos aos requisitos da transacção.

Por conseguinte, hoje como ontem, o conceito de transacção condiciona o modo como é assumida e implementada a mediação e o acordo dela resultante, em sede de direito positivo.

E, por outro lado, a homologação e a executoriedade do acordo de mediação reflectem esse condicionamento, como vimos.

Não obstante, no que toca ao pré-requisito da disponibilidade da relação jurídica sob litígio no âmbito da transacção, observa-se uma tendência para que o núcleo essencial de salvaguarda seja cada vez mais restringido.

Talvez também por isso mesmo o legislador da mediação não tenha atendido as sugestões de expressa consagração do impedimento dos direitos ditos indisponíveis, limitando-se à remissão para a transacção, onde figuram como um dos pré-requisitos a ponderar *em situação* a par de outros.

O facto é que, o legislador português assumiu já, como atrás vimos, sistemas públicos de mediação que tocam áreas de clara indisponibilidade - uma forma, também, de não

anular o potencial e capacidade resolutiva da mediação onde ela, muito provavelmente, terá até maior interesse e eficácia.